

**М. Л. ОРЕХОВСЬКИЙ, В. А. КОЛОМІЄЦЬ**

*Микола Леонідович Ореховський, адвокат, Адвокатське об'єднання «Ореховський та Коломієць»*

*Віталій Анатолійович Коломієць, адвокат, Адвокатське об'єднання «Ореховський та Коломієць»*

## **ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ТИМЧАСОВО ВИЛУЧЕНОГО МАЙНА, НА ЯКЕ НЕ БУЛО НАКЛАДЕНО АРЕШТ, У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ТА ШЛЯХИ ЇЇ ВИРІШЕННЯ**

Судова практика розгляду скарг на бездіяльність слідчого чи прокурора свідчить про існування неоднозначності регулювання нормами КПК правового статусу майна, яке було тимчасово вилучене, але яке у визначеному КПК порядку не було арештоване ухвалою слідчого судді або ж було відмовлено слідчому чи прокурору в арешті такого майна.

Неоднозначне регулювання цього питання часто призводить до неправильної судової практики, і, як наслідок, до незаконного обмеження прав осіб на майно в кримінальному провадженні.

Так, у абз. 3 ст. 41 Конституції встановлено, що ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Право приватної власності є непорушним.

До однієї з основних засад кримінального провадження належить недоторканність права власності, яка визначена у ст. 16 КПК.

Частина перша цієї норми імперативно встановлює, що позбавлення або обмеження права власності під час кримінального провадження здійснюється лише на підставі вмотивованого судового рішення, ухваленого в порядку, передбаченому цим Кодексом.

Натомість частина друга цієї статті визначає, що на підставах та в порядку, передбаченому цим Кодексом, допускається тимчасове вилучення майна без судового рішення.

Отже, згідно зі ст. 16 КПК України лише судовим рішенням особу може бути **позбавлено** права власності та лише судовим рішенням **обмежується** право власності. Без судового рішення відповідно до ч. 2 ст. 16 КПК можливе обмеження права власності лише шляхом застосування процедури «тимчасового вилучення майна», яка визначена ст.ст. 167–169 КПК України.

Що стосується позбавлення права власності на підставі судового рішення, то воно більшою мірою стосується вироків та в окремих випадках, визначених ст. 100 КПК України, на стадії досудового слідства (знищення, передача для технологічної переробки або для реалізації речових доказів за відсутності згоди власника, – ч. 6 ст. 100 КПК). Враховуючи, що обмеження права власності є діями органів державної влади, їх посадових осіб, то таку діяльність пропонуємо розглядати через призму ч. 2, ст. 19 Конституції, згідно якої органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Статтею 168 КПК передбачено, що майно може вилучатися тільки під час затримання особи, огляду чи обшуку. При цьому правовий статус такого майна визначається як «тимчасово вилучене майно».

Обмеження права власності на майно, що було тимчасово вилучене у кримінальному провадженні не може тривати довше, ніж зазначено в ч. 5 ст. 171 КПК.

Вказана норма встановлює обов'язок слідчого чи прокурора звернутися до слідчого судді з клопотанням про арешт тимчасово вилученого майна не пізніше наступного робочого дня після його вилучення, інакше майно має бути негайно повернуто особі, у якій його було вилучено.

У разі тимчасового вилучення майна під час обшуку, огляду, здійснюваних на підставі ухвали слідчого судді, передбаченої статтею 235 цього Кодексу, клопотання про арешт такого майна повинно бути подано слідчим, прокурором протягом 48 годин після вилучення майна, інакше майно має бути негайно повернуто особі, в якій його було вилучено.

Логіка вказаних норм КПК свідчить про те, що тимчасово вилучене майно у кримінальному провадженні після спливу строків, визначених у ч. 5 ст. 171 КПК може мати лише один статус – арештованого.

А взагалі у кримінальному провадженні майно, яке законом не заборонене в обігу може мати лише один із двох статусів: тимчасово вилучене або арештоване.

Наголосимо, що право власності обмежується або судовим рішенням, або законом у правовому режимі «тимчасово вилученого майна», визначеного ст.ст. 167–169 КПК.

Виходячи зі змісту ст. 16 КПК про те, що позбавлення або обмеження права власності під час кримінального провадження здійснюється лише на підставі вмотивованого судового рішення, єдиним таким судовим рішенням, передбаченим КПК, яке призначене обмежувати право власності у кримінальному провадженні є ухвала про арешт майна.

Право власності у своїй повноті, згідно із Цивільним кодексом є триумвіратом прав, тобто поєднанням права володіння, користування та розпоряджання. Відповідно, визначення поняття арешту в ч. 1 ст. 170 КПК свідчить про його спрямованість саме на тимчасове обмеження триумвірату права власності у всій його повноті або ж частково. Цією нормою визначено, що арештом майна є тимчасове, до скасування у встановленому цим Кодексом порядку, позбавлення за ухвалою слідчого судді або суду права на відчуження, розпорядження та/або користування майном.

Згідно із положенням ч. 5 ст. 173 КПК в ухвалі про арешт майна має бути прописано, у якій саме частині обмежується право власності: заборона, обмеження розпоряджатися або користуватися майном.

Таким чином, у разі відсутності ухвали слідчого судді про арешт майна, воно повинно бути негайно повернуте особі, у якої було вилучене.

Що стосується повернення тимчасово вилученого майна, то у ч. 1 ст. 169 КПК прописано наступний порядок, за яким тимчасово вилучене майно повертається особі, у якої воно було вилучено:

- 1) за постановою прокурора, якщо він визнає таке вилучення майна безпідставним;
- 2) за ухвалою слідчого судді чи суду, у разі відмови у задоволенні клопотання прокурора про арешт цього майна;
- 3) у випадках, передбачених ч.5 ст. 171, ч. 6 ст. 173 цього Кодексу;
- 4) у разі скасування арешту.

Однак, на практиці визначений порядок повернення тимчасово вилученого майна не рідко порушується.

Після тимчасового вилучення майна слідчі та прокурори часто не виконують процедуру звернення до слідчого судді з клопотанням про арешт такого майна у строк, встановлений ч. 5 ст. 171 КПК. При цьому, майно теж не повертають особі, у якої воно було вилучене. Наша практика свідчить, що прокурори та слідчі часто помилково вважають, що майно не підлягає подальшому арешту, якщо воно було вилучене згідно ухвали суду про обшук. Також часто слідчі та прокурори неправильно кваліфікують правовий статус майна, яке заборонене законом в обігу.

Іншим поширеним помилковим судженням органів досудового слідства є думка про те, що в разі пропуску строку на оскарження бездіяльності слідчих та прокурорів щодо неповернення тимчасово вилученого майна, володільць вважається таким, що правомірно обмежений у своєму праві власності.

Для захисту прав особи від бездіяльності посадових осіб правоохоронних органів, яка полягає в неповерненні тимчасово вилученого майна в порядку, визначеному ст. 169 КПК існує процедура оскарження такої бездіяльності, передбачена ст. 303 КПК.

Однак, згідно із ч. 1 ч. 304 КПК скарги на рішення, дії чи бездіяльність слідчого чи прокурора, передбачені ч. 1 ст. 303 цього Кодексу, можуть бути подані особою протягом десяти днів з моменту прийняття рішення, вчинення дії або бездіяльності.

Проте, у п. 3) ч. 2 цієї статті визначено, що скарга повертається, якщо вона подана після закінчення 10-денного строку і особа, яка її подала, не порушує питання про поновлення цього строку або слідчий суддя за заявою особи не знайде підстав для його поновлення.

У практиці (зокрема, ухвала Подільського районного суду м. Києва від 18.10.2016 у справі 758/12649/16-к) трапляються випадки, коли слідчі та прокурори не звертаються з клопотанням про арешт тимчасово вилученого майна у визначений КПК строк, а особа в якій, майно було вилучене, пропустила десятиденний строк оскарження бездіяльності і слідчим суддею не знайдено підстав для його поновлення.

У такому випадку тимчасово вилучене майно залишається в невизначеному статусі, а особа позбавлена можливості ним володіти, користуватися чи розпоряджатися за відсутності ухвали про арешт, тобто без вмотивованого рішення суду.

Якщо в цьому випадку керуватися лише положенням ст. 304 КПК, то виходить так, що якщо особа пропустила строк оскарження бездіяльності слідчого чи прокурора, яка полягає в неповерненні майна, яке рішенням суду не було арештоване і при цьому слідчим суддею не поновлено особі строку оскарження, то право власності цієї особи обмежується не вмотивованим рішенням суду, а лише самою бездіяльністю слідчого або прокурора.

Такий порядок обмеження права власності суперечить положенню ч. 1 ст. 16 КПК. Вказана суперечність свідчить про неоднозначне регулювання питання обмеження права власності у кримінальному провадженні.

Однак, для подібних ситуацій у КПК існує вирішення, яке прописане у ч. 6 ст. 9 цього Кодексу, положеннями якої визначено принцип законності кримінального провадження.

Ця норма встановлює, що у випадках, коли, положення цього Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені частиною першою ст. 7 цього Кодексу.

Тобто, за умови неоднозначного регулювання питань кримінального провадження загальні засади мають вищий пріоритет, ніж положення КПК, що визначають процедуру, зокрема, оскарження бездіяльності слідчого чи прокурора.

Положення ч. 6 ст. 9 КПК є запобіжником від зловживань, який захищає власника майна від того, щоб його право не було обмежене без вмотивованого рішення суду, навіть якщо він пропустив строк оскарження бездіяльності слідчого чи прокурора, які не повертають майно. Адже, пропущення строку оскарження не може мати вищого пріоритету, ніж положення ст. 16 КПК про можливість обмеження права власності лише вмотивованим судовим рішенням.

Таким чином, слідчий суддя у разі встановлення, що слідчий чи прокурор обмежують право особи у кримінальному провадженні без вмотивованого судового рішення (ухвали про арешт), зобов'язаний виконати свою функцію судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, визначену п. 18) ст. 3 КПК і постановити відповідне судове рішення, яким поновити права особи, порушені бездіяльністю слідчого чи прокурора.

Більш того, керуватися перш за все загальними засадами слідчого суддю зобов'язує ч. 2 ст. 7 КПК. Згідно з цією нормою, зміст та форма кримінального провадження за відсутності підозрюваного або обвинуваченого (*in absentia*) повинні відповідати загальним засадам кримінального провадження, зазначеним у частині першій цієї статті, з урахуванням особливостей, встановлених законом.

Таким чином, рішення слідчого судді про повернення скарги на бездіяльність слідчого чи прокурора, яка полягає в неперверненні тимчасово вилученого майна в порядку, встановленому ст. 169 КПК, за умови відсутності ухвали про арешт цього майна буде суперечити загальним засадам кримінального провадження, до яких належить і верховенство права.

І не лише принципу недоторканості права власності, а й праву на оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування, яке також є верховним.

Недопустимою є правозастосовча практика деяких суддів (зокрема, ухвала Подільського районного суду м. Києва від 18.10.2016 у справі 758/12649/16-к), внаслідок якої право власності може бути обмежене без рішення суду лише тому, що особа пропустила 10-денний строк оскарження бездіяльності слідчого чи прокурора, які не повертають цій особі вилучене майно.

При цьому, пропущення строку оскарження бездіяльності повинно мати лише правове відношення щодо спору про встановлення факту бездіяльності як такої, але аж ніяк щодо можливості негайного поновлення порушеного права власності. Наприклад для випадків, обмеження свободи людини без судового рішення КПК передбачений додатковий запобіжник, визначений ч. 2 ст. 206 КПК. Так, якщо слідчий суддя отримує з будь-яких джерел відомості, які створюють обгрунтовану підозру, що в межах територіальної юрисдикції суду знаходиться особа, позбавлена свободи за відсутності судового рішення, яке набрало законної сили, або не звільнена з-під варти після внесення застави в установленому цим Кодексом порядку, він зобов'язаний постановити ухвалу, якою має зобов'язати будь-який орган державної влади чи службу особу, під вартою яких тримається особа, негайно доставити цю особу до слідчого судді для з'ясування підстав позбавлення свободи.

Тобто, ст. 206 КПК визначена окрема процедура здійснення слідчим суддею судового контролю за дотриманням прав та свобод особи, яка без судового рішення позбавлена свободи під час досудового розслідування.

Можливо аналогічним чином необхідно гарантувати право власності, додатково визначивши в КПК можливість особі звернутися до суду щодо повернення власного майна, яке обмежується без належної правової підстави, незалежно від можливості оскаржити дії чи бездіяльність органів досудового розслідування, які в такий спосіб обмежують право власності.

Хоча вказана проблема може бути виправлена судовою практикою, якщо слідчі судді керуватимуться перш за все загальними засадами кримінального провадження, зокрема положеннями ст. 16 КПК щодо обмеження права власності.