*М. Л. ОРЕХОВСЬКИИ, В. А. КОЛОМІЄЦЬ*

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

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

# ЯК СУДДІ ДОПОМАГАЮТЬ СЛІДЧИМ ТА ПРОКУРОРАМ УНИКАТИ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ ЗА ВИЛУЧЕНИМ МАЙНОМ

**"Совкова" ідеологія за 70 років тоталітарної держави нав'язала людям традицію, що дозволено тільки те, що дозволено владою.**

Натомість, прийнята у 1996 р. Конституція України утвердила верховенство права, свободу та недоторканність основоположних прав. У відносинах із владою Конституція України встановила принцип правопорядку, за яким ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Натомість, представникам влади можна лише те, що прямо передбачено Конституцією та законами (ст. 19 Конституції).

Однак, сформоване в радянські часи ставлення працівників каральних органів і суддів до втручання в основоположні права та свободи все ще виразно проявляється в кримінальному процесі. Особливо щодо порядку обмеження права власності.

Кримінально-процесуальний кодекс України 1960 року, який діяв до 20 листопада 2012 р. дозволяв слідчим та прокурорам без рішення суду проводити обшуки, вилучати та арештовувати майно. Тобто, без дозволу суду, на власний розсуд втручатися в Конституційні права.

З прийняттям у 2012 р. нового Кодексу в кримінальний процес введено інститут судового контролю слідчим суддею за дотриманням основних прав осіб під час досудового розслідування (п. 18 ст 3 КПК). Відтоді такі втручання в основні права особи, як обшук житла чи іншого володіння, вилучення чи арешт майна, допустимі лише за ухвалою слідчого судді. Саме такий порядок втручання в основоположні права відповідає Основному Закону.

На відміну від КПК 1960 р. гарантії основоположних Конституційних прав та свобод закріплені у нормах КПК 2012 року, як основні засади кримінального провадження. А зміст і форма кримінального провадження повинні відповідати цим засадам (ч. 2 ст. 7 КПК).

Навіть така блага справа, як збирання доказів вчиненого злочину, потребує дозволу суду, якщо докази знаходяться там, де починається право на недоторканість житла чи іншого володіння, або ж непорушність права власності.

Так ст. 30 Конституції забороняє проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду. Ця норма дублюється статтею 13 КПК, якою недоторканність житла та іншого володіння особи віднесено до засад кримінального провадження.

Більш широко порядок втручання в недоторканність володіння особи прописано у ст.ст. 234–236 КПК, які визначають процедуру прийняття судом рішення про надання дозволу на обшук та порядок його проведення слідчими чи прокурорами.

За логікою норм Конституції та засад кримінального провадження кожне втручання в окреме право потребує відповідно окремого судового контролю з постановленням вмотивованого рішення.

Якщо рішення суду про дозвіл на обшук – це підстава ввійти у володіння особи щоб відшукати докази, то щоб обмежити право власності особи на речі, які були вилучені під час обшуку необхідно пройти окрему процедуру судового контролю. Адже вилучення речей, які можуть бути доказами, знаряддям чи предметом злочину, є способом обмеження окремого права – непорушності права власності, закріпленого у ст. 41 Конституції.

**Саме тому ст. 16 КПК окремо визначає недоторканність права власності, як одну з засад кримінального провадження. Ця норма встановлює, що позбавлення або обмеження права власності під час кримінального провадження здійснюється лише на підставі вмотивованого судового рішення, ухвале-**

© М. Л. Ореховський, В. А. Коломієць, 2017

**ного в порядку, передбаченому цим Кодексом. І лише на підставах та в порядку, передбачених цим Кодексом, допускається тимчасове вилучення майна без судового рішення.**

Як бачимо, ця базова норма визначає, що майно у кримінальному процесі може мати лише два статуси: перший – майно (речі, документи), право власності на яке обмежене вмотивованим рішенням суду; та другий – тимчасово вилучене майно. І в другому випадку ключовим є слово "тимчасово", тобто обмежено в часі, при чому обмежено не місяцями чи днями, а годинами, як у випадку з обмеження особистої свободи особи без судового рішення.

Строк тимчасового вилучення майна обмежений ч. 5 ст. 171 КПК яка встановлює, що клопотання слідчого, прокурора про арешт тимчасово вилученого майна повинно бути подано не пізніше наступного робочого дня після вилучення майна, інакше майно має бути негайно повернуто особі, у якої його було вилучено. У разі тимчасового вилучення майна під час обшуку, огляду, здійснюваних на підставі ухвали слідчого судді, клопотання про арешт такого майна повинно бути подано слідчим, прокурором протягом 48 годин після вилучення майна, інакше майно теж має бути негайно повернуто особі, в якої його було вилучено.

Якщо слідчий чи прокурор протягом встановленого строку звернувся до суду з клопотанням про арешт майна, але слідчий суддя протягом 72 годин не постановив ухвали про арешт майна, то воно теж негайно має бути повернуто особі, в якої його було вилучено (ч. 6 ст. 173 КПК).

Як бачимо, єдиним судовим рішенням, яким на досудовому розслідуванні може бути обмежено право власності є ухвала слідчого судді про арешт майна. Адже саме поняття арешту визначене, як тимчасове позбавлення за ухвалою слідчого судді або суду права на відчуження, розпорядження та/або користування майном (ч. 1 ст. 170 КПК). Тобто позбавлення права власності, яке є єдністю, тріумвіратом цих трьох прав.

І саме розгляд слідчим суддею клопотання слідчого чи прокурора про арешт майна є процедурою судового контролю за правомірністю обмеження права власності особи, на майно, яке було вилучене, зокрема, під час обшуку. Під час розгляду клопотання про арешт слідчий чи прокурор повинні довести, що відносно вилученого ними майна існує сукупність підстав чи розумних підозр вважати, що воно є доказом злочину, підлягає спеціальній конфіскації у підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, третіх осіб, конфіскації у юридичної особи, для забезпечення цивільного позову, стягнення з юридичної особи отриманої неправомірної вигоди, можливої конфіскації майна.

Щоб уникнути судового контролю за обмеженням права власності особи на майно, яке було вилучене під час обшуку прокурори та слідчі придумали, що в кримінальному провадженні є не лише тимчасово вилучене майно, а ще й «просто вилучене». При цьому, строк такого «вилучання» майна не визначений, і судовому контролю, тобто процедурі арешту судом таке майно не підлягає.

Така позиція прокурорів та слідчих, яку, на жаль, підтримує багато суддів, спирається на неоднозначне формулювання та визначення порядку вилучення майна під час обшуку в ч. 7 ст. 236 КПК. Ця норма зазначає, що вилучені речі та документи, які не входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, вважаються тимчасово вилученим майном.

Це визначення, на думку прокурорів і слідчих, дає їм підстави вважати навпаки, що ті речі, які входять до переліку, щодо якого надано дозвіл на відшукання в ухвалі про обшук, не є тимчасово вилученим майном. І відповідно не потребує подальшого арешту судом протягом 48 годин, а тим паче повернення власнику чи володільцю.

За їхньою логікою, ухвала про обшук є не лише рішенням суду, яке дозволяє втрутитися в право на недоторканність житла чи володіння, а й одразу – позбавити особу права власності на речі, що входять до переліку речей, на відшукання яких надано дозвіл і які були вилучені під час обшуку. Зазвичай такий перелік майна в ухвалах про обшук досить широкий та індивідуально не визначений, що залишає поле для зловживань.

**Очевидно, що така позиція правоохоронців щодо майна, вилученого під час обшуку, суперечить Конституції та загальним засадам кримінального провадження.**

По-перше, іншого вилучення майна, ніж тимчасове, не передбачає засаднича ст. 16 КПК, яка встановлює, що в кримінальному процесі право власності може бути обмежене лише судовим рішення і допускає лише тимчасове вилучення майна. Оскільки зміст і форма кримінального провадження повинні відповідати основним засадам (ч. 2 ст. 7 КПК), то слідчі, прокурори та судді мають керуватися статтею 16 КПК.

По-друге, жодна норма КПК прямо не передбачає, що речі, на відшукання яких під час обшуку надано дозвіл суду, НЕ Є ТИМЧАСОВО ВИЛУЧЕНИМ МАЙНОМ. Не існує і норми, яка передбачає інше, ніж тимчасове вилучення майна. Оскільки таких норм немає, то слідчі й прокурори мають не вигадувати неіснуючого, а діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України, як того від них вимагає ст. 19 Основного Закону.

По-третє, у КПК відсутня норма, яка б встановлювала, що ухвала про обшук є рішенням суду, яким особу може бути позбавлено права володіти, користуватися чи розпоряджатися своїм майном. Тобто, права власності.

Як вже було сказано, ухвала про обшук дає дозвіл проникнути в житло чи володіння особи. Тобто втрутитися в право, передбачене статтею 30 Конституції.

Обшук проводиться з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукання знаряддя або майна, яке було здобуте в результаті вчинення злочину, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб (ч. 1 ст. 234 КПК).

Натомість, судовим рішенням, яким під час досудового розслідування особу може бути тимчасово позбавлено права власності, є ухвала слідчого судді про арешт майна. Це слідує із формулювання поняття арешту в ч. 1 ст. 170 КПК, як тимчасового позбавлення особи права відчужувати, володіти чи користуватися майном.

Тож, якщо під час досудового розслідування відсутня ухвала слідчого судді про арешт майна, яке було вилучено під час обшуку, то воно має бути негайно повернуте особі, у якої було вилучене, як передбачено в ч. 5 ст. 171 та ч. 6 ст. 73 КПК.

І на останок, в КПК існує норма-запобіжник, на випадок, коли слідчим, прокурорам чи суддям щось у кодексі не зрозуміло.

Частиною 6 ст. 9 КПК, яка визначає принцип законності кримінального провадження, передбачено, що у випадках, коли положення кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження.

Очевидно, що ч. 7 ст. 236 КПК, на яку посилаються слідчі й прокурори неоднозначно регулює питання кримінального провадження. Адже ця норма каже, що вилучене під час обшуку майно, яке не було зазначене в переліку, щодо якого ухвалою про обшук надано дозвіл на відшукання, є тимчасово вилученим майном. Натомість, відсутня норма, яка говорить, що майно, зазначене у такому переліку, не є тимчасово вилученим майном.

Тож слідчі та прокурори, і що головне – судді, мають керуватися загальними засадами кримінального провадження стосовно майна, вилученого під час обшуку. Тобто керуватися статтею 16 КПК і ставитися до майна, вилученого під час обшуку, як до тимчасово вилученого. І таке майно має бути повернуте, якщо протягом 48 годин слідчим чи прокурором до суду не подано клопотання про арешт, або ж якщо після подання клопотання про арешт протягом 72 годин суддя не постановив ухвалу про арешт.

Як бачимо, непорозуміння зі статусом майна, вилученого під час обшуку, виправляється загальними засадами кримінального провадження. Шкода тільки, що не всі слідчі-судді хочуть зміцнювати авторитет і незалежність судової влади та застосовувати в описаних випадках ч. 6 ст. 9 КПК, хоча повинні.