

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

**КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ
КОДЕКС 2012 РОКУ: ІДЕОЛОГІЯ
ТА ПРАКТИКА
ПРАВозАСТОСУВАННЯ**

Колективна монографія

Одеса 2018

УДК 343.13(477)(2012)(063)
К 82

*Рекомендовано до друку Вченою радою
Національного університету «Одеська юридична академія»
(протокол № 4 від 16.02.2018 р.)*

Рецензенти:

І.А. Тітко – доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінального та адміністративного права і процесу Полтавського юридичного інституту Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;

О.В. Острогляд – кандидат юридичних наук, доцент, проректор з наукової роботи ПВНЗ «Університет Короля Данила».

Редакційна колегія:

Г.О. Ульянова – доктор юридичних наук, віце-президент, проректор з наукової роботи;

Ю.П. Аленін – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України (відповідальний редактор);

В.В. Тищенко – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України;

Л.І. Аркуша – доктор юридичних наук, професор;

І.В. Гловюк – доктор юридичних наук, доцент (відповідальна за випуск);

М.І. Смирнов – кандидат юридичних наук, доцент;

М.І. Пашковський – кандидат юридичних наук, доцент;

В.К. Волошина – кандидат юридичних наук, доцент;

М.М. Стоянов – кандидат юридичних наук, доцент;

А.В. Підгородинська – кандидат юридичних наук, доцент;

Д.В. Шилін – кандидат юридичних наук, доцент;

В.Г. Пожар – кандидат юридичних наук, доцент;

О.О. Торбас – кандидат юридичних наук;

О.В. Малахова – кандидат юридичних наук.

К 82 Кримінальний процесуальний кодекс 2012 року: ідеологія та практика правозастосування: колективна монографія / За заг. ред. Ю.П. Аленіна; відпов. за вип. І.В. Гловюк. – Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2018. – 1148 с.

ISBN 978-966-916-494-0

Для науковців, практичних працівників, викладачів, студентів та широкого кола читачів.

УДК 343.13(477)(2012)(063)

ISBN 978-966-916-494-0
2018

© НУ «Одеська юридична академія»,

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Гловюк І.В.,

*доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри кримінального процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»*

ПРОПОРЦІЙНІСТЬ ТА МЕХАНІЗМ КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО РЕГУЛЮВАННЯ: ТЕОРІЯ І ПРАКТИКА

Вступ

Принцип пропорційності на сучасному рівні розвитку юриспруденції обґрунтовано розглядається як основоположний принцип права [1, с. 70; 2, с. 317; 3, с. 373]. Актуалізація його досліджень у царині кримінально-процесуальної доктрини викликана необхідністю забезпечення ефективної реалізації у кримінальному провадженні засади верховенства права (ст. 8), застосування якого вимагає врахування практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). А пропорційність визнається складовою частиною верховенства права [1, с. 70].

Теоретичною основою досліджень пропорційності у механізмі кримінально-процесуального регулювання є праці А. Барака, А. Данькова, Ю. Євтошук, М. Коен-Елія, М. Козюбри, М. Косли, І. Кретової, Р. Майданика, І. Панкевича, С. Погребняка, І. Порат, П. Рабіновича, М. Савчина, Б. Тоцького, Т. Фулей, С. Цакиракиса, Л. Цвігун, С. Шевчука, Б. Шлінка, Г. Юдківської тощо. Проблематиці пропорційності саме у кримінальному прова-

дженні присвячені деякі дослідження Ю. Аленіна, О. Банчука, К. Волкова, В. Волошиної, С. Дерев'янкіна, С. Ковальчука, Л. Лобойка, Т. Лоскутова, Д. Макбрайда, О. Марочкина, Д. Михайленка, А. Михайлова, В. Тertiшника, І. Тітка, В. Уварова та інших науковців, проте комплексно питання пропорційності як універсального елементу у механізмі кримінально-процесуального регулювання у цих дослідженнях не розглядалися.

Розглядаючи пропорційність у контексті кримінального провадження, звернемо увагу на доцільність її дослідження саме у межах механізму кримінально-процесуального регулювання, який у літературі тлумачиться як такий, що складається з норм кримінального процесуального права, кримінально-процесуальних відносин, застосування кримінально-процесуальних норм, кримінально-процесуальних правозастосовних актів, що забезпечують ефективне правове регулювання і вплив у сфері кримінального судочинства [4]. Відповідно, функціональне призначення пропорційності у механізмі кримінально-процесуального регулювання має бути розглянуто на таких рівнях: 1) на рівні кримінально-процесуального нормотворення; 2) на рівні кримінально-процесуального правозастосування та інтерпретації норм кримінального процесуального права. На обох цих рівнях втручання є права людини має бути виправданим. Втручання в права людини буде виправданим, якщо воно має легітимну мету та здійснено на підставі закону, а закон, у свою чергу, має бути чітким та передбачуваним. І це втручання має бути пропорційним його меті. Оцінка пропорційності є завжди трикроковим тестом: належність, необхідність, розумність. Належність означає, що використані засоби мають бути належними для досягнення мети. Необхідність використаних засобів повинна мати найменш обтяжуючий ефект для тієї чи

іншої цінності. І, зрештою, тест на розумність означає, що використані засоби мають бути пропорційними очікуваним результатам, тобто тягар, який несе особа, не має бути надмірним [5, с. 118].

Пропорційність як елемент механізму кримінально-процесуального регулювання: проблеми ідентифікації

На рівні кримінально-процесуального нормотворення пропорційність впливає на визначення предмета кримінально-процесуального регулювання (концептуальний рівень нормотворення): як зазначає Т. О. Лоскутов, лише пропорційність у можливості задоволення людських потреб у безпеці та свободі має визначати загальний обсяг предмету правового регулювання у кримінальному процесі [6, с. 78]; пропорційність кримінального процесуального регулювання передбачає розробку норм кримінального процесуального законодавства, що уможливають (унеможливлюють) обмеження процесуальних прав з огляду на порушені кримінальні права людини [6, с. 13]. І хоча термін «кримінальні права» може бути підданий критиці, основна ідея «процесуалізації» суспільних відносин є логічною та виваженою, а виділений критерій – таким, що здатний виділити та пояснити обсяг кримінально-процесуального регулювання. На рівні кримінально-процесуального нормотворення, а саме під час формулювання конкретних норм кримінального процесуального права (базовий рівень нормотворення) пропорційність використовується для формулювання завдань й засад кримінального провадження та норм-правил поведінки регулятивного та охоронного характеру. У КПК України до прийняття Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України,

Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 3 жовтня 2017 р. не вживався термін «пропорційність», який нині вживається уст. 234 КПК у формулюванні «заходом, пропорційним втручанню в особисте і сімейне життя особи», проте ряд положень КПК вказує на імпліцитне його врахування, крім вживання у ст. 234 в редакції від 03.10.2017 р. Зокрема, це ст. 2, ч. ч. 2, 3 ст. 14, ч. ч. 2, 6 ст. 27, ч. 3, 4 ст. 132, ч. 2 ст. 152, ч. ч. 5, 6 ст. 163, ч. ч. 8, 10 ст. 170 КПК, ч. 4 ст. 173, ч. 4 ст. 182, ч. 1 ст. 194, ч. 3 ст. 233, ч. 2 ст. 236, ч. 2 ст. 246, ст. 255, ч. 3 ст. 271, ч. 5 ст. 290, ст. 297¹, ст. 299, ст. 300, ст. 323 КПК тощо. Це, без сумніву, неповний перелік прикладів врахування пропорційності при обмеженні прав людини у кримінальному провадженні, проте він є достатнім для ілюстрації можливості виділення пропорційності як засади сучасного кримінального провадження України, що і відстоюється у літературі [7, с. 86-87; 8, с. 24; 9, с. 149; 10]. Зауважимо, що Звіт щодо оцінки впровадження Кримінального процесуального кодексу України [11] містить зауваження щодо забезпечення пропорційності втручання за деякими кримінально-процесуальними інститутами: необґрунтоване проведення обшуку замість отримання тимчасового доступу до речей та документів або інших подібних заходів суперечить принципу пропорційності, представленому в ст. 8 Європейської конвенції, у випадках, коли такий обшук суперечить праву на повагу до приватної власності, сімейного життя та іншим правам на невтручання в приватне життя (п. 102); необхідно посилити судовий контроль та розвинути сталу судову практику, що просуватиме принцип пропорційності та запровадить правові обмеження щодо неправомірного проведення негласних чи схожих слідчих дій (п. 209); обмеження, з якими стикається

захист, можуть бути мінімізовані, якщо переглянути процедуру, що не дозволяє захисту мати доступ до рішень суду щодо проведення негласних слідчих дій, оцінювати пропорційність обмежень доступу до записів, матеріалів та документів негласних слідчих дій, а також взяти до уваги передовий досвід запровадження таких положень в інших країнах (п. 218).

Враховуючи розгляд пропорційності як складової частини верховенства права [1, с. 70; 3, с. 373; 12, с. 61], принципу, що забезпечує дію верховенства права [2, с. 333], логічною є думка, що на рівні кримінального провадження цей принцип також належить до загальноправових [7, с. 86]. Враховуючи наведені у кримінально-процесуальній науці визначення цього принципу [7, с. 87; 8, с. 24; 10, с. 214], які викладені на високому рівні узагальнення його змісту, що загалом є логічним, враховуючи його загальноправовий характер, виникає питання щодо того, на яких учасників кримінального провадження поширюється вимога врахування пропорційності обмеження прав людини. Зауважимо, що більшість наведених норм КПК, які передбачають врахування пропорційності під час прийняття кримінально-процесуальних рішень та проведення кримінально-процесуальних дій, звернені до слідчого судді та суду. Це логічно, адже підсумкову оцінку пропорційності потенційно можливого обмеження прав людини у кримінальному провадженні має надати саме носій судових функцій як незалежний та неупереджений арбітр. Проте під час виконання судових рішень, зокрема у досудовому провадженні, учасники з боку обвинувачення також не мають допускати надмірного обмеження прав людини, застосовуючи примус у тому обсязі, який мінімально необхідний для досягнення мети процесуальної дії. Крім того, при складанні клопотання та погодженні його

слідчий, прокурор також мають оцінити співмірність бажаного обмеження прав людини і «судову перспективу» отримання на це судового дозволу з урахуванням вимог КПК щодо пропорційності при прийнятті слідчим суддею, судом процесуального рішення за поданим клопотанням. Крім того, звернемо увагу і на те, що у ст. 29 Законі України «Про Національну поліцію» до поліцейського заходу, який являє собою дію або комплекс дій превентивного або примусового характеру, що обмежує певні права і свободи людини та застосовується поліцейськими відповідно до закону для забезпечення виконання покладених на поліцію повноважень, встановлено вимогу пропорційності. Таким чином, засада пропорційності у кримінальному провадженні поширюється як вимога на кримінально-процесуальну діяльність тих суб'єктів кримінального провадження, які є носіями владних повноважень.

На рівні кримінально-процесуального правозастосування та інтерпретації норм кримінального процесуального права пропорційність має значення для оцінки наявності підстав обмеження прав людини, а також подолання прогалин у кримінально-процесуальному регулюванні та вирішення колізій. Зауважимо, що у судовій практиці наявна велика кількість посилок на цю засаду при реалізації судових повноважень, зокрема, що стосуються арешту майна [13; 14; 15], розгляду угод [16], повернення тимчасово вилученого майна [17; 18], розгляду клопотання про дозвіл на обшук [19; 20], огляд [21], питань тримання під вартою [22], про зміну умов утримання під вартою в залі судового засідання [23], про проведення позапланової перевірки у кримінальному провадженні [24] тощо.

Тест на пропорційність та кримінальне процесуальне законодавство й практика слідчих суддів

Проілюструємо можливість застосування тесту на пропорційність слідчим суддею при розгляді клопотань на прикладі найбільш поширених інтрузивних заходів у кримінальному провадженні – заходів забезпечення кримінального провадження, у тому числі запобіжних заходів, обшуку та негласних слідчих (розшукових) дій.

Заходи забезпечення кримінального провадження. Ст. 132 КПК містить правило, що застосування заходів забезпечення кримінального провадження не допускається, якщо слідчий, прокурор не доведе, що: 1) існує обґрунтована підозра щодо вчинення кримінального правопорушення такого ступеня тяжкості, що може бути підставою для застосування заходів забезпечення кримінального провадження; 2) потреби досудового розслідування виправдовують такий ступінь втручання у права і свободи особи, про який ідеться в клопотанні слідчого, прокурора; 3) може бути виконане завдання, заради виконання якого слідчий, прокурор звертається з клопотанням. Для оцінки потреб досудового розслідування слідчий суддя або суд зобов'язаний врахувати змогу без застосованого заходу забезпечення кримінального провадження отримати речі і документи, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні. Зауважимо, що у ФРН загалом передумовою допустимості будь-примусового заходу є його відповідність (заборона перевищення певних меж). Кожен захід має бути придатний для роз'яснення підозри; він зумовлюється передумовою необхідності, що означає відсутність більш м'якого засобу, що дає змогу з тією самою дієвістю домогтися бажаного

результату. Крім того, такий захід не має бути неспівмірним щодо значущості злочинного діяння (або злочинних діянь), розслідуванню якого (яких) він має сприяти [25, с. 42-43].

Належність обмеження визначається тим, що може бути виконане завдання, для виконання якого слідчий, прокурор звертається з клопотанням; необхідність зобов'язує врахувати змогу без застосованого заходу забезпечення кримінального провадження отримати речі і документи, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні; розумність об'єктивується у встановленні, що потреби досудового розслідування виправдовують такий ступінь втручання у права і свободи особи, про який ідеться у клопотанні слідчого, прокурора (що іноді в літературі ототожнюється з правилом пропорційності втручання загалом [26, с. 106]) у кореляції з обґрунтованою підозрою щодо вчинення кримінального правопорушення такого ступеня тяжкості, що може бути підставою для застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Зауважимо, що для тимчасового доступу до речей і документів, який у КПК прописаний як інструзивний захід, бо включає в себе можливість вилучення (виїмки), особливо враховуючи те, що законодавець зрівняв усі форми тимчасового доступу, передбачено, що слідчий суддя, суд постановляє ухвалу про надання тимчасового доступу до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю, якщо сторона кримінального провадження, крім обставин, передбачених ч. 5 ст. 163 КПК, доведе можливість використання як доказів відомостей, що містяться в цих речах і документах, та неможливість в інший спосіб довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів.

Варто звернути увагу на те, що у ст. 132 КПК закладено формулювання «для оцінки потреб досудового розслідування слідчий суддя або суд зобов'язаний врахувати можливість без застосованого заходу забезпечення кримінального провадження отримати речі і документи, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні». Як зазначається у літературі, «із точного тлумачення формулювань ч. 4 ст. 132 КПК можна зробити висновок, що це положення застосовується лише до одного виду ЗЗКП – тимчасового доступу до речей і документів. Однак <...>, за аналогією, воно має застосовуватися також до інших заходів» [27, с. 307], що тим не менш потребує деякого уточнення відповідних формулювань.

Запобіжні заходи. Під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу слідчий суддя зобов'язаний встановити, чи доводять надані сторонами кримінального провадження докази обставини, які свідчать про: 1) наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним кримінального правопорушення; 2) наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, передбачених ст. 177 цього Кодексу і тих, на які вказує слідчий, прокурор; 3) недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні. Належність обмеження визначається тим, що може бути виконане завдання, для виконання якого слідчий, прокурор звертається з клопотанням, а саме досягнення мети запобіжного заходу, що полягає у забезпеченні виконання підозрюваним покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобіганні спробам: 1) переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; 2) знищити, сховати або спотворити будь-яку з речей чи

документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; 3) незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; 4) перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином. Необхідність зобов'язує врахувати наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді вважати, що підозрюваний може здійснити дії, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК. Розумність об'єктивується у встановленні, що слідчий суддя має оцінити достатність / недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні, а також врахування обставин, передбачених п. п. 2-11 ст. 178 КПК. Як зазначає Т. О. Лоскутов, вимога пропорційності передбачає збалансоване кримінальне процесуальне правозастосування. Обмеження конституційних, конвенційних, суто процесуальних прав особи шляхом застосування заходів кримінального процесуального примусу не може перевищувати майбутнє можливе обмеження прав цієї особи внаслідок притягнення її до кримінальної відповідальності за порушення кримінальних прав інших осіб. Саме тому кримінальна процедура щодо застосування заходів кримінального процесуального примусу має врегульовуватися залежно від ступеня тяжкості злочину, в якому підозрюється особа. Ця «приблизна пропорційність» не може ігноруватися навіть у разі підтвердження матеріалами кримінального провадження кількох ризиків неналежної поведінки особи [6, с. 92]. Разом із тим ця рекомендація може бути застосована лише щодо застосування примусу до підозрюваного, обвинуваченого та застосування запобіжних заходів, бо саме при вирішенні питання про їх обрання ст. 178 КПК прямо передбачає

врахування тяжкості покарання, що загрожує відповідній особі у разі визнання підозрюваного, обвинуваченого винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється, обвинувачується. Зауважимо для порівняння, що у доктрині ФРН зазначається, що застосування тримання під вартою, за § 112 І 2 КПК, є недопустимим, якщо воно неспівмірне зі значущістю справи та очікуваним покаранням. Співмірність не є позитивною передумовою взяття під варту, однак за її відсутності застосування цього заходу виключено [28, с. 175]. Відповідність принципу співмірності встановлюється шляхом всебічної порівняльної оцінки наслідків цього втручання в приватну сферу життя обвинуваченого, значення цієї кримінальної справи й очікуваної тяжкості покарання [25, с. 45].

Обшук. Ч. 5 ст. 234 передбачає, що слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про обшук, якщо прокурор, слідчий не доведе наявності достатніх підстав вважати, що: 1) було вчинено кримінальне правопорушення; 2) відшукувані речі і документи мають значення для досудового розслідування; 3) відомості, які містяться у відшукуваних речах і документах, можуть бути доказами під час судового розгляду; 4) відшукувані речі, документи або особи знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи; 5) за встановлених обставин обшук є найбільш доцільним та ефективним способом відшукування та вилучення речей і документів, які мають значення для досудового розслідування, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб, а також заходом, пропорційним втручанню в особисте і сімейне життя особи.

Належність означає, що може бути досягнута мета обшуку, що полягає у виявленні та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя

кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб, і проявляється у оцінці того, що відшукувані речі і документи мають значення для досудового розслідування, та того, що відомості, які містяться у відшукуваних речах і документах, можуть бути доказами під час судового розгляду, а також відшукувані речі, документи або особи знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи, а не в іншому місці. Необхідність обшуку полягає у тому, що у конкретному кримінальному провадженні при розгляді клопотання слід довести, що за встановлених обставин обшук є найбільш доцільним та ефективним способом відшукування та вилучення речей і документів, які мають значення для досудового розслідування, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб, а також заходом, пропорційним втручанням в особисте і сімейне життя особи. Клопотання має містити обґрунтування того, що доступ до речей, документів або відомостей, які можуть у них міститися, неможливо отримати органом досудового розслідування у добровільному порядку шляхом витребування речей, документів, відомостей за ч. 2 ст. 93 КПК, або за допомогою інших слідчих дій, передбачених КПК, а доступ до осіб, яких планується відшукати, – за допомогою інших слідчих дій, передбачених КПК (п. 8 ч. 3 ст. 234 КПК у редакції від 03.10.2017 р.).

Зауважимо при цьому, що натепер, до набрання чинності зазначеними змінами до ст. 234 КПК, на рівні судової практики пріоритет віддається саме проведенню обшуку порівняно із застосуванням заходів забезпечення кримінального провадження. Зокрема, зазначається: поза увагою слідчого, прокурора, слідчого судді залишається та обставина, що

збирання доказів, зокрема і речових, відбувається через інститут слідчих дій (зокрема, вилучення в процесі огляду, проведення обшуку). У таких випадках неправильне розуміння органами досудового розслідування, слідчими суддями положень кримінального процесуального закону фактично зумовлює підміну слідчих дій заходом забезпечення кримінального провадження. Слідчим суддям необхідно враховувати, що згідно з ч. 4 ст. 132 КПК для оцінки потреб досудового розслідування слідчий суддя зобов'язаний врахувати змогу без застосовуваного заходу забезпечення кримінального провадження отримати речі і документи, які можуть бути використані під час судового розгляду з метою встановлення обставин у кримінальному провадженні. У цьому контексті потрібно враховувати, що речі і документи могли би бути отримані шляхом проведення слідчих дій, тобто без застосування заходів забезпечення кримінального провадження [29]. Якщо розглядати це питання з позицій застосування примусу, то обшук являє собою більш інтрузивний захід, ніж тимчасовий доступ до речей і документів, який є заходом забезпечення кримінального провадження. Тому прямо протилежний підхід закладений у Звіті щодо оцінки впровадження Кримінального процесуального кодексу України [11], в якому вказано: необґрунтоване проведення обшуку замість отримання тимчасового доступу до речей та документів або інших подібних заходів суперечить принципу пропорційності, представленому в ст. 8 Європейської конвенції, у випадках, коли такий обшук суперечить праву на повагу до приватної власності, сімейного життя та іншим правам на невтручання в приватне життя (п. 102); необхідно розробити сталу судову практику, яка наголошуватиме на дотриманні принципу пропорційності та створюватиме юридичні перешкоди використанню обшуку

замість інших заходів, передбачених Кодексом, які не настільки зачіпають право на невтручання у приватне життя (п. 103). Зауважимо, що у ФРН визнається, що виїмка має перебувати у співмірному співвідношенні із тяжкістю злочину і ступенем підозри в скоєнні злочину і необхідна для розслідування злочину. При цьому пріоритетне значення мають інтереси потерпілого та інших осіб, а не інтереси обвинуваченого [28, с. 205].

Врахування «розумності» щодо обшуку детально не прописано у КПК, але її можна розглядати у тому сенсі, що в ухвалі слідчого судді мають бути вказані речі, документи або осіб, для виявлення яких проводиться обшук, тобто ухвала не має містити невизначене коло об'єктів, тобто необхідна конкретизація меж обшуку; крім того, має бути врахована тяжкість вчиненого кримінального правопорушення і чи є за встановлених обставин обшук заходом, пропорційним втручанню в особисте і сімейне життя особи.

Така лаконічна регламентація у КПК розумності втручання не відповідає практиці ЄСПЛ щодо тлумачення та застосування ст. 8 Конвенції. За прецедентного права Суду, поняття «необхідність» означає, що втручання відповідає нагальній суспільній потребі, тобто що воно є пропорційним переслідуваній законній меті. З'ясовуючи, чи було втручання «необхідним у демократичному суспільстві», Суд бере до уваги певну свободу розсуду, якою володіють договірні держави. Проте винятки, передбачені п. 2 ст. 8 Конвенції, мають тлумачитися вузько, а необхідність в їх застосуванні має бути переконливо встановлена (див. рішення від 25 лютого 1993 р. у справі «Функе проти Франції», № 10828/84, п. 55) (Справа «Бук проти Німеччини»). Суд оцінюватиме, чи підстави, наведені на обґрунтування проведення обшуку житла та виїмки з нього, були належними та

достатніми і чи принцип пропорційності був дотриманий. Що ж до останнього пункту, то Суд, по-перше, має переконатися, що у відповідному національному законодавстві та на практиці особи забезпечені належними гарантіями від зловживань. По-друге, Суд має розглянути обставини кожної справи, щоб з'ясувати, чи в конкретній справі відповідне втручання було пропорційним цілі, яку воно переслідувало (див. зазначене рішення у справі «Камензінд проти Швейцарії», п. 45). Критерії, які Суд враховує при з'ясуванні останнього питання, – це тяжкість правопорушення, у зв'язку з яким проводилися обшук та виїмка, обставини, за яких ухвалено відповідну постанову, зокрема наявність інших доказів на той момент, зміст і обсяг постанови, статус приміщення, яке підлягало обшуку, заходи, вжиті з метою обмежити в розумних рамках вплив обшуку і можливі наслідки для репутації особи, в приміщенні якої ці дії здійснювалися (див. рішення у справі «Чаппел проти Сполученого Королівства», п. 60; «Німіц проти Німеччини», п. 37 тощо, Справа «Бук проти Німеччини») [30].

Таким чином, на основі тесту на пропорційність пропонуємо таку алгоритмізацію встановлення обставин локального предмету доказування при розгляді слідчим суддею клопотання про обшук: 1) встановлення, що відшукувані речі і документи мають значення для досудового розслідування; відомості, які містяться у відшукуваних речах і документах, можуть бути доказами під час судового розгляду; відшукувані речі, документи або особи перебувають у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи (належність); 2) встановлення можливості / неможливості досягнення мети виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя кримінального

правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб іншими способом (необхідність); 3) у разі неможливості досягнення мети виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб – визначення, чи є за встановлених обставин обшук заходом, пропорційним втручанню в особисте і сімейне життя особи, а також допустимих меж обшуку (житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, які мають бути піддані обшуку; речі, документи, а також осіб, для виявлення яких надається дозвіл) (розумність). Разом із тим у цьому контексті варто звернути увагу на деякі термінологічні неточності формулювань щодо пропорційності при вирішенні питання про надання дозволу на обшук, а саме: «слідчих дій, передбачених цим Кодексом», при тому, що КПК вживає термінологічне сполучення «слідчі (розшукові) дії», та «доступ до осіб, яких планується відшукати» – логічніше було б вказати на встановлення їх місцезнаходження; крім того, це формулювання не враховує можливість доступу за допомогою інших процесуальних дій.

Негласні слідчі (розшукові) дії. Негласні слідчі (розшукові) дії проводяться у разі, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, не можна отримати в інший спосіб. Негласні слідчі (розшукові) дії, передбачені ст. ст. 260, 261, 262, 263, 264 (у частині дій, що проводяться на підставі ухвали слідчого судді), 267, 269, 269-1, 270, 271, 272, 274 цього Кодексу, проводяться виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або

особливо тяжких злочинів (ст. 246 КПК). Слідчий суддя постановляє ухвалу про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, якщо прокурор, слідчий доведе наявність достатніх підстав вважати, що: 1) вчинений злочин відповідної тяжкості; 2) під час проведення негласної слідчої (розшукової) дії можуть бути отримані докази, які самотійно або в сукупності з іншими доказами можуть мати суттєве значення для з'ясування обставин злочину або встановлення осіб, які вчинили злочин (ст. 248 КПК). Належність означає, що може бути досягнута мета негласної слідчої (розшукової) дії, що виводиться з нормативно встановленої мети слідчої (розшукової) дії і полягає в отриманні (збиранні) доказів або перевірці вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні. Необхідність проявляється у тому, що негласні слідчі (розшукові) дії проводяться у разі, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, не можна отримати в інший спосіб (ст. 246 КПК), і в клопотанні слідчого, прокурора обов'язково має бути обґрунтування неможливості отримання відомостей про злочин та особу, яка його вчинила, в інший спосіб. Як зазначається в Узагальненні судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, негласні слідчі (розшукові) дії проводяться у випадках, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб, тобто проведення гласних слідчих (розшукових) дій не забезпечує змогу отримати фактичні дані, що можуть використовуватися у розслідуванні злочину. Однак, як вбачається з матеріалів судової практики щодо розгляду клопотань про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, з такими клопотаннями звертаються слідчі за погодженням із прокурором чи прокурори до слідчого судді

буквально наступного дня або за кілька днів після внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР, не здійснивши фактично жодної слідчої (розшукової) дії, передбаченої главою 20 КПК, що прямо суперечить вимогам ст. 246 КПК (Апеляційний суд Дніпропетровської області) [31, с. 269-270]. Це ознака винятковості цих дій, яка виділяється у доктрині [32, с. 38]. Розумність проявляється у тому, що досягається розумний баланс між потребами досудового розслідування та втручанням у право на приватність, з урахуванням тяжкості вчиненого злочину. Ця вимога прямо передбачена у Рекомендації № Rec (2005) 10 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про «особливі методи розслідування» тяжких злочинів, а також у разі терористичних актів» [33]: особливі методи розслідування мають використовуватися, тільки якщо є підстави вважати, що тяжкий злочин вчинено, підготовлено або готується одним або кількома конкретними особами або ще не встановленою особою або групою осіб. Необхідно забезпечити відповідність між наслідками використання особливих методів розслідування і поставленою метою. У цьому відношенні під час ухвалення рішення про їх використання необхідно оцінити серйозність правопорушення та врахувати, що особливі методи розслідування мають характер втручання. У КПК зазначено можливість проведення негласних слідчих (розшукових) дій, передбачених ст. ст. 260, 261, 262, 263, 264 (в частині дій, що проводяться на підставі ухвали слідчого судді), 267, 269, 269-1, 270, 271, 272, 274 КПК виключно у кримінальному провадженні щодо тяжких або особливо тяжких злочинів (ст. 246 КПК). На необхідність врахування можливості досягнення інтересів розслідування за допомогою менш інтрузивних заходів вказує і ЄСПЛ. У справі «Матановіч проти Хорватії» (Заява № 2742/12) Суд зазначив, що в

цій справі, як і в справі Драгоєвіч, рішення слідчого судді про застосування таємних заходів спостереження стосувалися заяви про використання таємного спостереження компетентною державною прокуратурою і вказували на встановлений законом вислів «розслідування не могло проводитися за допомогою інших засобів або це було б надзвичайно складно». Проте вони не надавали відповідного обґрунтування щодо особливих обставин справи, а також, зокрема, чому слідство не могло бути проведене за допомогою інших менш суворих (інтрузивних) засобів. Суд встановив у справі Драгоєвіч, що відсутність обґрунтування в рішенні слідчого судді, разом з обходом національними судами цієї відсутності обґрунтування за допомогою ретроспективного обґрунтування використання таємного спостереження, суперечила відповідному національному законодавству і тому не забезпечувала на практиці належні гарантії проти різних можливих зловживань. Зокрема, Суд наголошував, що відповідне національне законодавство в тлумаченні та застосуванні компетентними судами не надавало достатньої чіткості щодо обсягу та способу здійснення дискреційних повноважень, наданих органам державної влади, і, зокрема, не забезпечило на практиці відповідні гарантії проти різних можливих зловживань. Відповідно, процедура призначення та нагляду за здійсненням прослуховування телефону заявника не повністю відповідала вимогами законності, а також не була достатньою для того, щоб втручання в право заявника на повагу до його особистого життя та листування було «необхідним у демократичному суспільстві» [34]. Для прикладу, у ФРН вимоги, що пред'являються кримінальним процесуальним законодавством до прослуховування і запису розмов, які ведуться у житлі неопублічно, пов'язані з фактичними підставами вважати, що за допомогою застосовуваних заходів

будуть зафіксовані висловлювання обвинуваченого, що мають значення для розслідування фактичних обставин справи або встановлення місцезнаходження іншого обвинуваченого в тому самому кримінальному провадженні, і застосуванням інших заходів досягнення цих цілей було б непропорційно ускладнено або не мало б шансів на успіх (сувора субсидіарність) [25, с. 59].

Висновки

Аналіз Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, практики ЄСПЛ, національного законодавства та практики його застосування дає змогу зробити висновок про те, що врахування пропорційності у кримінальному провадженні має здійснюватися у подвійному аспекті: по-перше, на нормативному рівні, де однозначно мають враховуватися належність та необхідність обмеження та розумність у тих межах, в яких це можливо на рівні норми як загального правила поведінки, по-друге, на правозастосовчому рівні мають враховуватися належність та необхідність та розумність обмеження у контексті конкретного життєвого випадку з урахуванням обставин кримінального провадження та аргументів його учасників. Обмеження прав людини у кримінальному провадженні має здійснюватися виключно з метою досягнення дієвості кримінального провадження (мета) засобами, які є мінімально необхідними (необхідність) та релевантними меті (належність) з дотриманням балансу публічних та приватних інтересів (пропорційність).

Тест на пропорційність дає змогу запропонувати алгоритм встановлення обставин локального предмета доказування у разі вирішення питань про можливість застосування інтрузивних заходів у кримінальному провадженні.

1. Алгоритм встановлення обставин локального предмета доказування при розгляді клопотання про обрання заходу забезпечення кримінального провадження: 1) встановлення можливості забезпечити ефективність кримінального провадження шляхом виконання завдання, для виконання якого слідчий, прокурор звертається з клопотанням (належність); 2) оцінка можливості без застосованого заходу забезпечення кримінального провадження отримати речі і документи, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні; 3) встановлення, чи потреби досудового розслідування виправдовують такий ступінь втручання у права і свободи особи, про який йдеться в клопотанні слідчого, прокурора у кореляції з обґрунтованою підозрою щодо вчинення кримінального правопорушення такого ступеня тяжкості, що може бути підставою для застосування заходів забезпечення кримінального провадження (розумність).

2. Алгоритм встановлення обставин локального предмету доказування при розгляді слідчим суддею клопотання про обрання запобіжного заходу: 1) встановлення змоги забезпечити належну поведінку підозрюваного шляхом застосування запобіжного заходу (належність); 2) встановлення необхідності застосування запобіжного заходу – за умови наявності обґрунтованої підозри та ризиків, неможливості забезпечити належну поведінку підозрюваного іншими способами (необхідність); 3) оцінка співмірності застосування запобіжного заходу у кореляції з наявністю обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним кримінального правопорушення відповідного ступеню тяжкості з урахуванням об'єктивного критерію – характеру обмежень, передбачених для конкретного запобіжного

заходу, тяжкості покарання, що загрожує відповідній особі у разі визнання підозрюваного винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється, обвинувачується, розміру майнової шкоди, у завданні якої підозрюється особа, або розміру доходу, в отриманні якого внаслідок вчинення кримінального правопорушення підозрюється особа, та суб'єктивного критерію – характеристики особи підозрюваного, його поведінки у комплексі обставин, передбачених п.п. 3-10 ст. 178 КПК (розумність).

3. Алгоритм встановлення обставин локального предмету доказування при розгляді слідчим суддею клопотання про обшук: 1) встановлення, що відшукувані речі і документи мають значення для досудового розслідування; відомості, які містяться у відшукуваних речах і документах, можуть бути доказами під час судового розгляду; відшукувані речі, документи або особи знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи (належність); 2) встановлення можливості / неможливості досягнення мети виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб іншими способом (необхідність); 3) визначення, чи є за встановлених обставин обшук заходом, пропорційним втручанню в особисте і сімейне життя особи, а також допустимих меж обшуку (житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, які мають бути піддані обшуку; речі, документи, а також осіб, для виявлення яких надається дозвіл) (розумність).

4. Алгоритм встановлення обставин локального предмета доказування при розгляді слідчим суддею клопотання про дозвіл

на проведення негласної слідчої (розшукової) дії: 1) встановлення, що за допомогою проведення негласної слідчої (розшукової) дії, про дозвіл на проведення якої подане клопотання, можуть бути отримані (зібрані) докази або перевірені вже отримані докази у конкретному кримінальному провадженні (належність); 2) встановлення, що відомості про злочин та особу, яка його вчинила, не можна отримати в інший спосіб, і що застосовувалися інші способи отримання таких відомостей (необхідність); 3) встановлення ступеню тяжкості злочину, визначення меж та строків проведення негласної слідчої (розшукової) дії; у випадках, передбачених ст. 250 КПК – наявність виняткових невідкладних випадків, пов'язаних із врятуванням життя людей та запобіганням вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину, передбаченого розділами I, II, VI, VII (статті 201 та 209), IX, XIII, XIV, XV, XVII Особливої частини Кримінального кодексу України (розумність).

Чинне кримінальне процесуального законодавство, хоча і містить норми, які скеровані на забезпечення пропорційності втручання, потребує у цьому контексті деякого вдосконалення. Для врахування необхідності обмеження як елементу тесту на пропорційність у КПК та правозастосовчій діяльності необхідно уточнити формулювання ч. 4 ст. 132 КПК і викласти його у редакції: «4. Для оцінки потреб досудового розслідування слідчий суддя або суд зобов'язаний врахувати можливість без застосованого заходу забезпечення кримінального провадження отримати відомості, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні, забезпечити виконання учасником кримінального провадження його процесуальних обов'язків чи досягти дієвості кримінального провадження іншим чином». Формулювання

п. 8 ч. 3 ст. 234 КПК варто дещо змінити і викласти так: «8) обґрунтування того, що доступ до речей, документів або відомостей, які можуть у них міститися, неможливо отримати органом досудового розслідування у добровільному порядку шляхом витребування речей, документів, відомостей відповідно до частини другої статті 93 цього Кодексу, або за допомогою інших слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, передбачених цим Кодексом, а місцезнаходження осіб, яких планується відшукати, неможливо встановити за допомогою інших слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій, передбачених цим Кодексом. Крім того, для дотримання розумності як складової частини пропорційності варто дещо змінити формулювання п. 6 ст. 235 КПК щодо змісту ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи, зазначивши замість «речі, документи або осіб, для виявлення яких проводиться обшук», положення «речі, документи, для виявлення та вилучення яких надається дозвіл, а також осіб, для встановлення місцезнаходження яких надається дозвіл».

Список використаних джерел:

1. Тоцький Б.А. Принцип пропорційності: історичний аспект і теоретичні складові. Часопис Київського університету права. 2013. № 3. С. 70-74.
2. Погребняк С.П. Основоположні принципи права: дис.... д-ра юрид. наук: 12.00.01. Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. Х., 2009. 433 с.
3. Загальна теорія права: Підручник / За заг. ред. М.І. Козюбри. К.: Ваіте, 2015. 392 с.
4. Бахта А.С. Механізм уголовно-процессуального регулювання: автореферат дис.... докт. юрид. наук: 12.00.09. Москва,

2011. 49 с. URL: <http://vak1.ed.gov.ru/common//img/uploaded/files/BakhtaAS.doc>.

5. Юдківська Г. Принцип пропорційності в системі захисту прав людини. Слово Національної школи суддів України. 2015. № 4 (13). С. 118-123.

6. Лоскутов Т.О. Предмет правового регулювання у кримінальному процесі: дис. ... докт. юрид. наук: спец. 12.00.09. Київський національний університет ім. Т. Шевченка. К., 2016. 443 с.

7. Аленін Ю.П. Поняття та система принципів кримінального провадження / Ю.П. Аленін, В.К. Волошина. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»: зб. наук. праць / редкол.: С.В. Ківалов (голов. ред.), В.М. Дрьомін (заст. голов. ред.), Ю.П. Аленін та ін.; відп. за вип. В.М. Дрьомін; МОН України, НУ «ОЮА». Одеса: Юрид. л-ра, 2014. Т. 14. С. 78-89.

8. Тertiшник В.М. Принципи права та стратегія і практика судової реформи. Право і суспільство. 2016. № 6. С. 20-26.

9. Дерев'янкін С.Л. Публічність та диспозитивність у кримінальному судочинстві: монографія. Одеський держ. ун-т внутрішніх справ. О.: ОЮІ НУВС, 2008. 174 с.

10. Уваров В.Г. Принцип верховенства права та пропорційності в кримінальному провадженні з урахуванням правових позицій Європейського Суду з прав людини. Право і суспільство. 2014. № 6.2. С. 210-214.

11. Звіт щодо оцінки впровадження Кримінального процесуального кодексу України. URL: <https://rm.coe.int/168044f56b>.

12. Євтошук Ю.О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права: дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2015. 214 с.

13. Ухвала слідчого судді Київського районного суду м. Одеси від 05.10.2016 р. (справа № 520/11946/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/61810202>.

14. Ухвала слідчого судді Дніпровського районного суду м. Києва від 31.05.2016 р. (справа № 755/6615/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58536551>.

15. Ухвала слідчого судді Дніпровського районного суду м. Києва від 15.12.2016 р. (справа № 755/18292/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/63490270>.

16. Ухвала слідчого судді Галицького районного суду м. Львова від 09.03.2016 р. (справа № 461/661/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56294589>.

17. Ухвала слідчого судді Володимирецького районного суду Рівненської області від 14.04.2017 р. (провадження № 1-кк/556/107/2017). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65986136>.

18. Ухвала слідчого судді Березнівського районного суду Рівненської області від 17.02.2017 р. (справа № 555/303/17). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64846586>.

19. Ухвала слідчого судді Дніпровського районного суду м. Києва від 07.09.2016 р. (справа № 755/13470/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/61120532>.

20. Ухвала слідчого судді Орджонікідзевського районного суду м. Запо-ріжжя від 08.07.2014 р. (справа № 335/7738/14-к 1). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/52494716>.

21. Ухвала слідчого судді Підгаєцького районного суду Тернопільської області від 26.06.2016 р. (справа № 605/378/16-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/59514096>.

22. Ухвала судді Печерського районного суду м. Києва від 06.01.2016 р. (справа № 757/30323/15-к). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54842402>.

23. Ухвала слідчого судді Артемівського міськрайонного суду Донецької області від 14.06.2017 р. (справа № 219/6240/17). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67227523>.

24. Ухвала слідчого судді Дніпровського районного суду м. Києва від 23.08.2017 р. (справа № 755/7227/17). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68490968>.

25. Головненков П. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия – Strafprozessordnung (StPO): науч.-практ. коммент. и пер. текста закона / П. Головненков, Н. Спица; со вступ. ст. Уве Хелльманна. Potsdam: Universitätsverlag Potsdam, 2012. 404 с. URL: <http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2012/6177/pdf/sdrs02.pdf>.

26. Фаринник В.І. Застосування заходів забезпечення кримінального провадження: теорія та практика: монографія. К.: Алерта, 2017. 548 с.

27. Науково-практичний коментар до Кримінального процесуального кодексу України від 13 квітня 2012 року / за ред. О.А. Банчука, Р.О. Куйбіди, М.І. Хавронюка. Харків: Фактор, 2013. 1072 с.

28. Габриэлэ Розэ. Введение в немецкое уголовно-процессуальное право: Учебное пособие / Научный перевод: А. Килина, Ю. Степанова. Красноярск. Красноярский государственный университет, 2001. 219 с.

29. Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/n0001740-14/print1454339640976824>.

30. Рішення від 28 квітня 2005 р. у справі «Бук проти Німеччини». URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/81b1cba59140111fc2256bf7004f9cd3/3b61febc6ff9a28ec22574f6005436c3?OpenDocument>.

31. Негласні слідчі (розшукові) дії та використання результатів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному провадженні: навч.-практ. Посібник / С.С. Кудінов, Р.М. Шехавцов,

О.М. Дроздов, С.О. Гриненко. 2-е вид., розшир. й допов. Харків: Оберіг, 2015. 424 с.

32. Багрій М.В. Процесуальні аспекти негласного отримання інформації: вітчизняний та зарубіжний досвід: монографія / М.В. Багрій, В.В. Луцик. Харків: Право, 2017. 376 с.

33. Рекомендація № Rec (2005) 10 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Про «особливі методи розслідування» тяжких злочинів, а також у разі терористичних актів». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_670.

34. Переклад рішення «Матановіч проти Хорватії» (Заява № 2742/12) О. Дроздова та О. Дроздової. URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Pereklad_rishennya_evr_sudu_130720.17.pdf.