

## ЩОДО ПРОБЛЕМНИХ ПИТАНЬ ПРОВЕДЕННЯ ПРОЦЕДУРИ ОБШУКУ

## IN RELATION TO PROBLEM QUESTIONS OF REALIZATION OF PROCEDURE OF SEARCH

Кушніт В.П.,

кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри кримінального права і процесу  
Навчально-наукового інституту права та психології  
Національного університету «Львівська політехніка»

Необхідність розроблення нового механізму застосування процесуального закону на зміну тому, який існував до 2012 року, є однією з найперших і найскладніших проблем змагального Кримінального процесуального кодексу України, який увібрав апробований досвід західноєвропейських країн та Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. У ст. 12 Загальної декларації прав людини зазначено, що «ніхто не може зазнавати безпідставного втручання в його особисте чи сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, таємницю його кореспонденції», аналогічні права проголошені й у Міжнародному пакті про громадські і політичні права (ст. 17) та Європейській конвенції про захист прав людини й основоположних свобод (ст. 8). Також ст. 30 Конституції України гарантує недоторканність житла шляхом заборони проникати в житло чи до іншого володіння особи, проводити в них огляд чи обшук інакше, як за вмотивованим рішенням суду. Правозастосовна діяльність органів досудового розслідування засвідчує, що одним із найпоширеніших засобів збирання доказів є обшук.

**Ключові слова:** обшук, кримінальне провадження, слідчий, органи досудового розслідування, дозвіл на обшук.

Необходимость разработки нового механизма применения процессуального закона на смену тому, который существовал до 2012 года, является одной из самых первых и самых сложных проблем соревновательного Уголовного процессуального кодекса Украины, который вообрал апробированный опыт западноевропейских стран и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. В ст. 12 Всеобщей декларации прав человека говорится, что «никто не может подвергаться произвольному вмешательству в его личную или семейную жизнь, произвольным посягательствам на неприкосновенность его жилища, тайну его корреспонденции», аналогичные права провозглашены и в Международном пакте о гражданских и политических правах (ст. 17) и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ст. 8). Также ст. 30 Конституции Украины гарантирует неприкосновенность жилища путем запрета проникать в жилище или другое владение лица, проводить в них осмотр или обыск иначе как по мотивированному решению суда. Правоприменительная деятельность органов предварительного расследования показывает, что одним из самых распространенных средств собирания доказательств является обыск.

**Ключевые слова:** обыск, уголовное производство, следователь, органы предварительного расследования, разрешение на обыск.

The need for a new mechanism for the application of the procedural law to replace what existed before 2012 is one of the first and most difficult issues of the competitive Criminal Procedural Code of Ukraine, which incorporates the tried-and-tested experience of the Western European countries and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. Accordingly, in Art. 12 of the Universal Declaration of Human Rights states that "no one shall be subjected to arbitrary interference with his or her personal or family life, with an unfounded encroachment on the integrity of his home, on the secret of his correspondence, "similar rights are also proclaimed in the International Covenant on Civil and Political Rights (Article 17) and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Article 8). Also Article 30 of the Constitution of Ukraine guarantees the inviolability of housing by prohibiting the penetration of housing or other possession of a person, conducting a review or search in them otherwise, as a motivated decision of the court. The legal practice of the pre-trial investigation bodies testifies that one of the most common means of gathering evidence is a search.

**Key words:** search, criminal proceedings, investigator, bodies of pre-trial investigation, search permission.

**Постановка проблеми.** Одним із способів отримання (збирання), фіксації доказів або перевірки вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні є обшук. Вагомою складовою мети обшуку є наявність підстав відповідно до ч. 1 ст. 233 КПК України, зокрема: фактичних та правових, які мають вказувати на можливість досягнення його мети. Разом з тим, для забезпечення допустимості отриманих у результаті проведення обшуку фактичних даних, необхідним є чітке дотримання вимог КПК як при розгляді клопотання про обшук слідчим суддею, так і при проведенні обшуку.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** Проблематиці проведення обшуку за нормами КПК України присвячені праці таких вітчизняних вчених, як Ю.П. Аленін, А.М. Баранов, В.Д. Берназ, Т.М. Барабаш, І.Д. Гончаров, Ю.О. Гурджі, Ю.В. Кореневський, А.М. Ларин, Є.Д. Лук'янчиков, В.Т. Маларенко, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, І.З. Рогатинська, С.М. Стахівський та ін. Однак у працях зазначених авторів висвітлювалися загальні проблеми проведення обшуку в цілому, а не за нормами КПК України 2012 р.

**Формулювання цілей статті.** Висвітлити проблемні кримінально-процесуальні аспекти в механізмі проведення обшуку.

**Виклад основного матеріалу.** 16.03.2018 р. набули чинності зміни до норм Кримінального процесуально-

го кодексу України, внесені на підставі Закону України № 2147а-19 «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» [1].

Обшук за КПК належить до слідчих (розшукових) дій, а вилучення речей і документів може проводитися як у рамках слідчих (розшукових) дій, зокрема обшуку, так і під час так званих «заходів забезпечення кримінального провадження» (тимчасовий доступ до речей і документів, тимчасове вилучення майна).

КПК України 1960 року і КПК 2012 року не містили і не містять визначення терміна «обшук». У КПК України 1960 року в ст. 177 замість визначення містилося лише формулювання «обшук проводиться в тих випадках, коли є достатні підстави вважати, що знаряддя злочину, речі й цінності, здобуті злочинним шляхом, а також інші предмети і документи, що мають значення для встановлення істини у справі або забезпечення цивільного позову, знаходяться в певному приміщенні або місці чи у будь-якої особи» [2].

У КПК 2012 законодавець теж не сформулював поняття обшуку під час визначенні основних термінів (ст. 3), а тільки лише вказав, що «обшук проводиться з метою виявлення і фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукування знарядь кри-

мінального правопорушення або майна, яке було здобуто у результаті його вчинення, а також установлення місцезнаходження розшукуваних осіб» (ст. 234) [3].

На нашу думку, законодавець, у КПК:

- виключив посилання на проведення обшуку з метою відшукування предметів і документів, що мають значення для забезпечення цивільного позову, тим самим прибрав можливість уповноваженої особи посилатися на це при отриманні в суді санкції на обшук і при проведенні самого обшуку;

- увів можливість проведення обшуку з метою встановлення місцезнаходження розшукуваної особи. Однак таке посилення є велими розпливчатим і дає певний «грунт» для «маневрів» у вигляді отримання санкції та проведення обшуку на потрібних адресах під приводом «установлення місцезнаходження розшукуваної особи». У таких випадках слідчим суддям потрібно особливо ретельно підходити до питання підтвердження підстав для обшуку, змістом підтверджувальних документів. Клопотання слідчого, погоджене з прокурором, або прокурора має містити, окрім раніше визначених відомостей, найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер; короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з розслідуванням якого подається клопотання; правову кваліфікацію кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) Закону України «Про кримінальну відповідальність», підстави для обшуку; житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, де планується проведення обшуку; особу, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться, й інформацію про індивідуальні або родові ознаки речей, документів, іншого майна або осіб, яких планується відшукати, їхній зв'язок із вчиненим кримінальним правопорушенням, 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 КПК) або за допомогою інших слідчих дій, передбачених Кодексом, а доступ до осіб, яких планується відшукати, за допомогою інших слідчих дій, передбачених КПК України. До клопотання мають бути додані оригінали або копії документів та інших матеріалів, якими прокурор, слідчий, обґрунтовує доводи клопотання, а також витяг із Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, в межах якого воно подається.

У ч. 4 ст. 234 КПК зазначено, що клопотання про обшук має бути розглянуто у суді в день його надходження [3]. Цей строк законодавець установив, урахувавши невідкладність цієї слідчої (розшукової) дії. Більш тривалий строк прийняття слідчим суддею рішення про надання дозволу на проведення обшуку призвів би до таких негативних наслідків для кримінального провадження, як зникнення речових доказів або розшукуваних осіб.

Зазначена вимога не поширюється на випадки проведення обшуку з метою відшукування знаряддя кримінального правопорушення, предметів і документів, вилучених з обігу.

Одним із позитивних моментів варто визнати введення в КПК поняття «житло або інше володіння особи». Так, у ст. 233 КПК до оселі входить «будь-яке приміщення, що знаходиться в постійному або тимчасовому володінні особи, незалежно від його призначення і правового статусу, пристосоване для постійного або тимчасового проживання у ньому фізичних осіб, а також всі складники такого приміщення» [3]. При цьому Кодекс чітко визначив, що не є житлом приміщення, спеціально призначені для утримання осіб, права яких обмежені за законом. До іншого володіння особи КПК відніс транспортні засоби, земельні ділянки, гаражі, інші будівлі або приміщення побутового,

службового, господарського, виробничого чи іншого призначення, що знаходяться у володінні особи.

Раніше ці поняття містилися в підзаконних нормативних актах – роз'ясненнях вищих судових органів. На нашу думку, закріплення понять на рівні закону є однозначно позитивним моментом.

Однак, на нашу думку, не можна не відзначити й певні недоліки.

Так, у КПК не вказано того, у володінні якої особи має знаходитися житло чи інше володіння – фізичної або юридичної. Виходячи з логіки і принципів кримінального процесу, принципів захисту прав людини, непрямого посилення на призначення житла – проживання в ньому фізичних осіб, у КПК розуміється саме фізична особа і його володіння.

Закономірно виникає питання захисту володінь юридичної особи, яка залишається без судового захисту від обшуку. КПК України не містить чіткого посилання на те, що для проведення обшуку володінь юридичної особи не потрібно ухвали суду.

Однак тут необхідно переходити до буквального тлумачення норм чинного законодавства.

Так, відповідно до ст. 19 Конституції України, органи державної влади (до яких належать правоохоронні органи), їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачені Конституцією та законами України [4].

Частина 2 ст. 234 КПК указує, що «обшук проводиться на підставі визначення слідчого судді», не виділяючи окремо проведення обшуку володінь фізичної особи та володінь юридичної особи.

Оскільки Конституція України встановлює для державних органів принцип загальної заборони: «Заборонено все, що прямо не дозволено законом», то й порядок проведення обшуку може бути тільки таким, який прямо вказано в КПК. Тобто обшук, незалежно від місця його проведення: володіння фізичної чи юридичної особи, може проводитися тільки на підставі визначення слідчого судді. Згідно зі ст. 234 КПК України, обшук може проводитися на підставі ухвали слідчого судді місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться (зареєстрований) орган досудового розслідування як юридична особа [3]. Якщо фактичне місцезнаходження структурного підрозділу органу досудового розслідування відрізняється від зареєстрованого місцезнаходження органу досудового розслідування як юридичної особи, обшук буде проводитися лише на підставі ухвали слідчого судді місцевого суду за зареєстрованим місцезнаходженням органу досудового розслідування як юридичної особи.

Під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи передбачено обов'язкову фіксацію за допомогою аудіо та відео. Про застосування технічних засобів фіксування процесуальної дії заздалегідь повідомляються особи, які беруть участь у процесуальній дії. При тому, що фіксація обшуку за допомогою звукозапису взагалі викликає подив, урахувавши те, що обшук є невербальною слідчою (розшуковою) дією.

У контексті питань проведення обшуку, підтримуючи вже загальне правило, що виконання ухвали слідчого судді, суду про проведення обшуку в обов'язковому порядку фіксується за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів, що, без сумніву, має стати ефективним механізмом попередження зловживань під час проведення обшуків та дотримання вимог закону всіма учасниками цих слідчих (розшукових) дій, хочемо зазначити, що нормативна регламентація окремих положень фіксації обшуків не позбавлена недоліків. Формулювання ст. 104 КПК «Дії та обставини проведення обшуку, не зафіксовані у записі, не можуть бути внесені до протоколу обшуку та використані як доказ у кримінальному провадженні» викликають сумнів зі позиції неврахування легального ви-

значення доказів, яке міститься у ст. 84 КПК, у якому докази визначені через формулювання «фактичні дані», що свідчить про те, що «дії та обставини» ніяк і ніколи не можуть бути визнані доказами та використані як докази [3].

Звертаємо увагу на те, що згідно із ч. 1 ст. 107 КПК України «Право безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису надається стороні захисту» [3]. Це формулювання прямо суперечить доповненій частині третьої ст. 236 КПК, яка містить положення такого змісту: «Особа, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, має право користуватися правовою допомогою адвоката на будь-якій стадії проведення обшуку» [3]. Таким чином, якщо буквально тлумачити положення ч. 1 ст. 107 КПК, то коли адвокат не є захисником, то він вже не має права безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису. А це, у свою чергу, є обмеженням професійних прав адвоката, адже п. 8 ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачає, що під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право вчиняти будь-які дії, не заборонені за-

коном, правилами адвокатської етики та договором про надання правової допомоги, необхідні для належного виконання договору про надання правової допомоги, зокрема застосовувати технічні засоби, зокрема для копіювання матеріалів справи, в якій адвокат здійснює захист, представництво або надає інші види правової допомоги, фіксувати процесуальні дії, в яких він бере участь, а також перебіг судового засідання в порядку, передбаченому законом [6].

Загалом, аналізуючи підстави, порядок санкціонування та проведення обшуку та фіксацію його результатів, слід зазначити, що є як позитивні, так і негативні моменти. На жаль, останні поки превалюють. Змінити ситуацію може тільки оперативне, обґрунтоване, об'єктивне тлумачення норм вищими судовими органами. Також зміни в ситуації будуть багато в чому сприяти ефективному судовому захисту обшукуваних, що на цьому етапі також не реалізовано. Забезпечення належної правової процедури обшуку в розрізі змін до КПК України потребує подальшого вдосконалення як відповідних норм, так й уніфікації практики їх застосування.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України. 2018. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147%D0%B0-19>.
2. Кримінально-процесуальний кодекс України: Закон від 28.12.1960. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1001-05>.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua>.
4. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>.
5. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5.07.2012 № 5076-17. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.