

УДК 347.9

DOI <https://doi.org/10.51547/ppp.dp.ua/2023.1.27>

Хитра Андрій Ярославович,

кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри кримінального процесу та криміналістики
Львівського державного університету внутрішніх справ
ORCID ID: 0000-0002-7125-1953

Татарин Ігор Іванович,

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Львівського державного університету внутрішніх справ
ORCID ID: 0000-0002-9517-2299

ОБШУК ОСОБИ ЯК СЛІДЧА (РОЗШУКОВА) ДІЯ, ЯКА ПОТРЕБУЄ НЕВІДКЛАДНОСТІ

SEARCH OF A PERSON AS AN INVESTIGATOR (SEARCH) ACTION THAT REQUIRES URGENTNESS

У статті проаналізовано питання щодо особливостей проведення обшук житла чи іншого володіння особи. Здійснено аналіз положень діючого кримінального процесуального законодавства України, що регулюють застосування примусу під час проведення обшуку особи.

Також звернуто увагу на особливості проведення обшуку під час воєнного стану. Зазначено на проблеми, які виникають під час здійснення обшуку, в тому числі обшуку особи, а також вилучення речей і документів. Проаналізовано п.п.39-40 постанови Касаційного кримінального суду в складі Верховного суду від 15 червня 2021 року по справі № 204/6541/16 (провадження № 51-2172км 19) де суд касаційної інстанції зазначив свою позицію щодо проведення обшуку особи до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань.

Наголошено на тому, що доволі нечітке формулювання або взагалі відсутність регламентування дозволених випадків втручання на приватність, обсягу та способів втручання є найбільш невирішеною проблемою в законодавчому регулюванні дотримання права на приватність, що породжує численні порушення цього права на практиці. Українці щорічно стають жертвами зловживань з боку працівників правоохоронних органів. Поширеною є практика незаконного обшуку особи, або проведення такого обшуку з порушеннями встановлених вимог. Як правило, це відбувається на вокзалах, на вулиці, в парках та інших публічних місцях. Найкрайшим способом добропорядному та законотриваючому громадянину запобігти даних зловживань – знати свої права та обов'язки. Про те, звернуто увагу на ситуацію коли особа, яка має певне відношення до протиправних дій і має в своєму розпорядженні речі які можуть мати значення для прояснення тієї чи іншої ситуації. В таких випадках отримання такої речі є необхідним. Зазначено, що вирішення даної проблеми не можливе, без внесення відповідних змін до Кримінального процесуального кодексу.

Ключові слова: затримання особи, обшук, обшук особи, слідчі (розшукові) дії, тимчасове вилучення майна.

The article analyzes the issues related to the peculiarities of conducting searches of a person's home or other possessions. An analysis of the provisions of the current criminal procedural legislation of Ukraine, which regulate the use of coercion during the search of a person, was carried out.

Attention was also paid to the peculiarities of conducting a search during martial law. The problems that arise during the search, including the search of a person, as well as the seizure of things and documents, are indicated. Paragraphs 39-40 of the resolution of the Criminal Court of Cassation as part of the Supreme Court of June 15, 2021 in case No. 204/6541/16 (proceedings No. 51-2172km 19) were analyzed, where the court of cassation stated its position regarding the search of a person before entering information to the Unified Register of Pretrial Investigations.

It is emphasized that the rather vague wording or lack of regulation of permitted cases of interference with privacy, the scope and methods of interference is the most unresolved problem in the legislative regulation of compliance with the right to privacy, which gives rise to numerous violations of this right in practice. Every year, Ukrainians become victims of abuse by law enforcement officers. The practice of illegally searching a person, or conducting such a search in violation of established requirements, is widespread. As a rule, this happens at train stations, on the street, in parks and other public places. The best way for a decent and law-abiding citizen to prevent these abuses is to know his rights and responsibilities. About that, attention was paid to the situation when a person who has a certain relationship to illegal actions and has at his disposal things that may

be important for clarifying this or that situation. In such cases, receiving such a thing is necessary. It is noted that the solution to this problem is not possible without making appropriate changes to the Criminal Procedure Code.

Key words: *detention of a person, search, search of a person, investigative (search) actions, temporary seizure of property.*

Обшук є слідчою (розшуковою) дією, яка проводиться з метою виявлення та фіксації обставин вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя вчинення правопорушення (ч. 1 ст. 234 КПК) [1].

Українське законодавство, окрім кримінального процесуального виділяє інші процедури, схожі до обшуку особи. Огляд особи є важливим інститутом під кутом захисту прав людини. Адже тут ми маємо справу із прямим втручанням у приватне життя. Рівень культури усвідомлення кордонів власного тіла та особистих речей як продовження особистості індивіда в сучасному суспільстві постійно зростає. Відтак здійснення особистого огляду, особливо тактильного, все більше стосується гідності особи. Можна навести таку класифікацію:

– «обшук особи» (ч. 3 ст. 208, ч. 5 ст. 236 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК));

– «особистий обшук» (ч. 8 ст. 191, ч. 6 ст. 208 КПК);

– «особистий огляд і огляд речей» (ст. 264 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП));

– «поверхнева перевірка» (ст. 34 ЗУ «Про Національну поліцію»);

– «особистий огляд і огляд речей» (ст. 340 Митного кодексу – відмінний за змістом порядок, але який не здійснюється Національною поліцією) [2].

Загалом різниця полягає у виді провадження, у межах якого здійснюється огляд, та обсязі процесуальних гарантій, які особа має під час проведення таких дій. Умовно обсяг процесуальних гарантій (від найменших до найбільших) можна зобразити у такій послідовності «поверхнева перевірка – особистий огляд особи і огляд речей в порядку КУпАП – обшук особи/особистий обшук в порядку КПК» [3].

Отже, існує три основні процедури здійснення одного заходу (огляду особи) залежно від процесуального порядку:

– поверхнева перевірка – візуальний огляд особи/речей особи, яка не підозрюється у вчиненні адміністративного/кримінального правопорушення, проте існує достатньо підстав вважати, що вона має при собі річ, обіг якої заборонено чи обмежено або становить загрозу життю чи здоров'ю такої особи або інших осіб;

– особистий огляд і огляд речей особи – застосовується до особи, щодо вчинення адміністративного правопорушення якою є фактичні дані, зокрема затриманої за його вчинення (огляд перед помещенням до кімнати для затриманих і доставлених (КЗД), що має відбуватись в тому ж порядку);

– особистий обшук/обшук особи – застосовується до особи, затриманої через підозру у вчиненні кримінального правопорушення або особи, яка бере участь у проведенні обшуку житла або іншого володіння особи [3].

Отже, ці процедури не є альтернативним, тобто їх не можна застосувати на власний розсуд, а чітко регламентовані законодавством і повинні застосовуватись за умов і на підставах, що чітко ним визначені. Тільки поверхнева перевірка може передувати іншим видам огляду, але не навпаки. Адже спосіб у який вона здійснюється (візуальний огляд) відрізняється від огляду, що передбачає тактильний контакт, тобто має різні мету і результат [3].

Відповідно до чинного Кримінального процесуального кодексу, при огляді та обшуку слідчий, прокурор має право проводити вимірювання, фотографування, звуко- чи відеозапис, складати плани і схеми, виготовляти графічні зображення обшуканого житла чи іншого володіння особи чи окремих речей, виготовляти відбитки та зліпки, оглядати і вилучати речі і документи, які мають значення для кримінального провадження. Предмети, які вилучені законом з обігу (вогнепальна зброя, наркотичні засоби, тощо), підлягають вилученню незалежно від їх відношення до кримінального провадження [4].

Вилучені речі та документи, які не входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на відшукування в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, та не відносяться до предметів, які вилучені законом з обігу, вважаються тимчасово вилученим майном.

Необхідно зазначити, що у Кримінально-процесуальному кодексі України від 1960 (далі КПК 1960) було доволі зручно та чітко розписано порядок обшуку особи та подальшого вилучення (виїмки) речей [5].

Так, у ст. 177 КПК зазначалося, що обшук проводиться в тих випадках, коли є достатні підстави вважати, що знаряддя злочину, речі й цінності, здобуті злочинним шляхом, а також інші пред-

мети і документи, які мають значення для встановлення істини в справі чи забезпечення цивільного позову, знаходяться в певному приміщенні або місці чи в якої-небудь особи [5].

При цьому обшук проводився за вмотивованою постановою слідчого з санкції прокурора чи його заступника, за винятком житла чи іншого володіння особи. У невідкладних випадках обшук, за винятком житла чи іншого володіння особи, міг бути проведений без санкції прокурора, але з наступним повідомленням прокурора в добовий строк про проведений обшук та його результати [5].

Дехто б міг зробити зауваження, щодо численних можливих порушень свобод люди при таких діях, але це лише поверхнева не об'єктивна думка.

Виймка проводилася у випадках, коли є точні дані, що предмети чи документи, які мають значення для справи, знаходяться в певній особі чи в певному місці (ст. 178 КПК 1960) за вмотивованою постановою слідчого [5].

Обшук особи та виймка у неї предметів і документів був зазначений у окремій нормі (ст. 184 КПК). Так, за наявності підстав, передбачених частиною першою статті 177 КПК, з метою вилучення предметів і документів, які можуть мати доказове значення і які знаходяться при певній особі, слідчий міг провести обшук особи чи виймку у неї цих предметів або документів [5].

Обшук особи та виймка у неї предметів і документів могли бути проведені без постанови у таких випадках:

- при фізичному захопленні підозрюваного уповноваженими на те особами, якщо є достатні підстави вважати, що затриманий має при собі зброю або інші предмети, які становлять загрозу для оточуючих, чи намагається звільнитися від доказів, які викривають його чи інших осіб у вчиненні злочину;

- при затриманні підозрюваного;

- при взятті підозрюваного, обвинуваченого під варту;

- за наявності достатніх підстав вважати, що особа, яка знаходиться в приміщенні, де проводиться обшук чи примусова виймка, приховує при собі предмети або документи, які мають значення для встановлення істини в справі [5].

Про те, з 2012 року, з моменту вступу в дію нового КПК змінилися і законодавчі підстави та «правила» проведення обшуку, змінилися суб'єкти, які надають дозвіл на здійснення такої слідчої (розшукової) дії та особливості вилучення майна, яке могло зберегти на собі слід вчиненого кримінального правопорушення. Певні зміни

у проведенні обшуку, в частині надання дозволу на його здійснення, були прийняті після повномасштабного вторгнення росії в Україну, що мало місце у лютому 2022 року.

Відповідно, за своїм об'єктом обшук поділяється на чотири види:

- обшук житлових приміщень (житлових будинків, котеджів, квартир, замків, кімнат у гуртожитку, постійних чи тимчасових житлових помешкань, у тому числі і в готелі чи іншому місці, включаючи туристичний намет на лоні природи);

- обшук іншого володіння особи (дачної будівлі, гаража, яхти, літака, автомобіля, магазину, кав'ярні, кіоску, саду, городу, подвір'я, ферми, земельної ділянки чи угіддя тощо);

- обшук службових та інших приміщень (складських, службових і виробничих приміщень, підприємств, установ, організацій та інших сховищ);

- обшук території (земельної ділянки, саду, городу тощо);

- обшук особи (особистий обшук) [6].

Обшук починається з оголошення особі, яку обшукують, ухвали про провадження обшуку. У криміналістичній літературі обшук визначається як дія, що відбувається у конфліктній ситуації. Однак, проведення обшуку може характеризуватися й безконфліктністю ситуації (наприклад, обшук за відсутності особи, в приміщенні якої проводиться обшук або при добровільній видачі предмета обшуку) [7, с. 35].

Особистий обшук, як вид обшуку не є розповсюдженим, та попри це виділяють два випадки його проведення:

- під час затримання особи (ч. 3 ст.208 КПК);

- під час обшуку житла чи іншого володіння особи (ч. 5 ст. 236 КПК) [1].

Існує думка, що в цих ситуаціях обшук особи може здійснюватися без рішення суду, але з обов'язковою участю не менше двох понять незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної слідчої (розшукової) дії (ч. 7 ст. 223, ч. 2 ст. 234 КПК) [8] (якщо залучення понять є об'єктивно неможливим або пов'язано з потенційною небезпекою для їхнього життя чи здоров'я, відповідні слідчі (розшукові) дії проводяться без залучення понять, з обов'язковою відео фіксацією доступними технічними засобами (ч. 1 п. 1 ст. 615 КПК), що є хибним рішенням.

Законодавче регулювання обшуку особи має «неповний і несистемний характер», що підкреслюється низкою науковців та практиків.

Поняття «особистий обшук» в КПК вживається лише у випадку затримання співробітника кадрового складу розвідувального органу України при виконанні ним своїх службових обов'язків (ч. 8 ст. 191, ч. 6 ст. 208 КПК). У випадку обшуку особи, яка не належить до цієї категорії, мова йде про «обшук особи» [8].

Тобто, наразі, ми маємо два різні терміни, що часто ототожнюються. Наявність двох понять для позначення одного інституту є наслідком непослідовності законодавця, що створює плутанину у визначенні цих понять. Мова йде про формальне розрізнення за об'єктом, однак, навряд чи, хтось звертає на це увагу. Доцільним було б вживати одне з цих понять поряд із «оглядом речей особи» [9, с. 33].

Аналіз норм КПК дозволяє виділити два випадки, коли може здійснюватися обшук особи:

- під час затримання особи в порядку статті 208 КПК (негайне затримання під час або після скоєння злочину або за можливості втечі особи, підозрюваної у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого корупційного злочину);

- під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи (якщо є достатні підстави вважати, що особи, які перебувають у помешканні чи іншому володінні переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження) [10, с. 43].

На практиці є багато проблем. Однією з них, наприклад, є те, що слідчими та прокурорами всупереч положенням КПК подаються, а слідчими судьями розглядаються та вирішуються по суті клопотання про обшук особи (тобто метою є не обшук житла або іншого володіння, а саме особи). Розгляд слідчим суддею клопотань про обшук особи, не передбачений КПК («Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи», лист ВСУ від 08.11.2014 р.). Така ситуація на перший погляд є законною, однак суперечить меті проведення обшуку житла або іншого володіння [11].

Також проблема в тому, що закон, не містить ніяких критеріїв, за наявності яких може бути прийняте рішення про проведення обшуку особи під час проведення обшуку житла або іншого володіння особи. Не встановлено також, яким повинне бути це рішення, як воно має бути оформлене» [3].

Як свідчить аналіз слідчої практики, непоодинокими є випадки, коли необхідно провести обшук особи, яка знаходиться за межами житла чи іншого володіння і відносно якої є підстави вважати, що вона переховує при собі предмети

або документи, які вилучені з обігу і мають значення для кримінального провадження [12].

Проте така ситуація не узгоджується з підставами проведення особистого обшуку, про які йдеться у ч. 3 ст. 208 та ч. 5 ст. 236 КПК. У деяких прокуратурах та судах України як вихід з такої ситуації вбачають у застосуванні положень ст. 9 КПК, в якій зазначено про необхідність використання загальних засад кримінального провадження у разі, коли окремі питання не врегульовано або неоднозначно врегульовано положеннями КПК, положень ст. 234 КПК, що є загальною нормою для обшуку, а також ст. 84, 223, 233 КПК [12].

Зрозуміло, що така ситуація є неприпустимою, особливо з погляду гуманізації кримінального провадження. Проводячи особистий обшук, слідчий має володіти ґрунтовними знаннями як психологічних аспектів і тактичних прийомів його проведення, так і правовими основами цієї слідчої (розшукової) дії. Тому доцільно наповнити криміналістичну доктрину тактичними прийомами, які регламентують процес проведення особистого обшуку (із зазначенням процедури обстеження тіла особами тієї самої статі або акцентуючи увагу на певних частинах тіла, які можуть виконувати функцію тайників). Крім цього, тактична база слідчого має налічувати і виключно психологічні прийоми, які дозволять зменшити відчуття приниження та напругу особи, яку обшуковують, за допомогою відволікаючих дій слідчого [12].

Ще однією проблемою, яка виникає на практиці, та різне тлумачення прокурорами, слідчими судьями і судьями чи можна проводити обшук особи до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР). Оскільки відповідно до ч. 3 ст. 214 КПК проводити досудове розслідування, в тому числі і проводити обшук можна тільки після внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР. Єдина слідча дія, яка може проводитися відповідно, до вищезазначеної статті – огляд місця події. На противагу є постанова Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду від 15 червня 2021 року по справі № 204/6541/16 (провадження №51-2172км19). У п.п. 39-40 вказаної постанови Верховний Суд дійшов висновків, що затримання особи є раптовою і непередбачуваною процесуальною дією, яку неможливо здійснити до внесення відомостей до ЄРДР. Відповідно, якщо було законне затримання, то воно є підставою для проведення обшуку особи, до внесення відомостей до ЄРДР, оскільки воно є складовою затримання [13].

Крім цього є труднощі, які пов'язані із складанням процесуальних документів під час затримання особи та під час обшуку, оскільки відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 615 КПК за відсутності можливості складання таких документів, вони мають скластися не пізніше 72 годин з моменту завершення таких слідчих (розшукових) дій чи відповідних процесуальних дій. Питання полягає в тому, на підставі чого ми будемо викликати вказаних учасників і яку відповідальність вони будуть нести у разі неявки. Крім того необхідно зазначити, що певні учасники можливо

не зможуть з'явитися через обставини, які не залежать від їх волі.

На підставі вищенаведеного, можна дійти висновку, що вдосконалення законодавства, що регулює порядок проведення особистого огляду, обшуку особи є одним із кроків вирішення проблем, що склались ще з радянських часів. Доки не буде вирішено вказане питання, доки не будуть усунуті суперечності між статтями КПК, доти особи які вчиняють кримінальні правопорушення будуть уникати відповідальності.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1509805549619265>
2. Митний кодекс України від 13.04.2012 URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4495-17/print1510477380525165>
3. Офіційний сайт «Асоціація українських моніторів дотримання прав людини в діяльності правоохоронних органів». Особистий огляд та поверхнева перевірка: експертний аналіз. URL: <http://umdpd.info/police-experts.info/2016/05/18/inspection/>
4. Захарова Є., Рапп І., Яворський В. Права людини в Україні 2004. Доповідь правозахисних організацій. Харків: Фоліо. 2005. 312 с.
5. Кримінальний процес: навчально-методичний посібник /авт. кол.; за ред. Р.І.Благути, Ю.А.Комісарчук. Львів. ЛьвДУВС. 2010. – 588 с.
6. Вільна енциклопедія «Вікіпедія» URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9E%D0%B1%D1%88%D1%83%D0%BA>
7. Тертишніков В. М. Обшук: навч. Посібник. Харків. Гриф. 1997. С. 35.
8. Оленін І., Дзюба А. Особистий огляд та обшук: як захистити свої права. 2014. URL: <http://legalspace.org/ua/biblioteka/korisni-poradi/item/3055>
9. Удалова Л.Д. Деякі проблемні питання правозастосування кримінального процесуального законодавства. Актуальні питання кримінального процесуального законодавства України. Збір. матер. міжвуз. наук. конф. (Київ, 26 квіт. 2013 р.). Національна академія прокуратури України. К. Правова єдність. 2013. С. 33–44.
10. Комарницька О.Б. Особистий обшук: сучасний стан та перспектива. Часопис Академії адвокатури України. 2014. Т. 7 № 2 (23). С. 41–46.
11. Кравченко С. Узагальнення судової практики розгляду клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, здійснене в 2014 році Вищим спеціалізованим судом з розгляду цивільних і кримінальних справ див. у статті Недоторканість житла: гарантії та винятки. URL: https://zib.com.ua/ua/111980-vss_uzagalniv_praktiku_rozglyadu_klopotan_pro_dozvil_na_obsh.html
12. Фариник В. Які хитрощі можуть застосовуватися стороною обвинувачення для обмеження прав громадян, у котрих проводиться обшук? // Газета «Закон і Бізнес», В-3 (1197) 17.01–23.01.2015 URL: https://zib.com.ua/ua/print/113888-scho_potribno_znati_gromadyanam_pro_poryadok_provedennya_obs.html
13. Постанова Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду від 15 червня 2021 року по справі № 204/6541/16 (провадження №51-2172км19). URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/97736430>