

**МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ВНУТРІШНІХ СПРАВ**

Кваліфікаційна наукова
праця на правах рукопису

КОМАРОВА МАРТА ВАСИЛІВНА

УДК 343.98

**ДИСЕРТАЦІЯ
ПРАВОВІ ТА ОРГАНІЗАЦІЙНІ ЗАСАДИ ОБШУКУ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ**

12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика;
судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність»
(081 – Право)

Подається на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук (доктора філософії).

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____ **М. В. Комарова**

Науковий керівник **Хахуцяк Ольга Юріївна**

кандидат юридичних наук, доцент

Київ – 2019

АНОТАЦІЯ

Комарова М. В. Правові та організаційні засади обшуку у кримінальному провадженні. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність (081 – Право). – Національна академія внутрішніх справ, Київ, 2019.

У дисертації на основі вивчення законодавства, літературних джерел, результатів узагальнення слідчої та судової практики проведено комплексне дослідження інституту обшуку у кримінальному провадженні.

Розглянуто історико-правовий аналіз становлення та розвитку інституту обшуку у кримінальному процесі.

Проаналізовано зарубіжний досвід кримінального процесуального обшуку, проведено його порівняльно-правове дослідження. Висвітлено досвід зарубіжних країн з питання проведення обшуку особи (Російська Федерація, Республік Молдова, Білорусь, Казахстан), внаслідок чого зроблено висновки про те, що, з одного боку, законодавець нормативно закріплює право особи на недоторканність житла лише у Конституції України, а в кримінально-процесуальному законі встановлює винятки з цього правила (КПК РФ), а з іншого – законодавець більш повно й послідовно розкриває зміст права особи на недоторканність житла не тільки у конституційних нормах, а й безпосередньо у тексті кримінально-процесуального закону (КПК Республіки Молдова).

За результатами вивчення доктринальних і нормативних джерел щодо сутності поняття «обшук» сформовано його визначення, за яким обшук – це обґрунтована доказами, слідча (розшукова) дія, сутність якої полягає у примусовому цілеспрямованому обстеженні окремих громадян, їх одягу та особистих речей, приміщень, різноманітних споруд, житла, робочих місць, транспортних засобів, ділянок місцевості, що знаходяться у віданні обшукуваної особи та членів її сім'ї або якої-небудь організації, що здійснюється уповноваженою на те особою, з метою виявлення, фіксації та

вилучення знарядь злочину, зброї, речей та цінностей, здобутих злочинним шляхом, а також предметів, документів та речових доказів, які мають значення у кримінальному провадженні, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних злочинців, трупів.

Розкрито підстави проведення обшуку у кримінальному провадженні. Обґрунтовано, що достатні підстави для проведення обшуку – це обов’язкова наявність сукупності фактичних та юридичних підстав.

Узагальнено та обґрунтовано умови проведення обшуку у кримінальному провадженні, дотримання яких окреслені Законом та визначають допустимість отриманих доказів у подальшому розслідуванні.

Визначено повноваження слідчого та співробітників оперативних підрозділів, що стосуються проведення обшуку.

Складено алгоритм дій особи, в якій проводять обшук, та слідчого судді при розгляді клопотання про проведення обшуку. Залежно від етапу розслідування, статус особи, в якій проводять дану СРД, може бути ще не визначений, але у більшості випадків (86% з проаналізованих кримінальних проваджень) обшук проводиться у підозрюваного в житлі чи іншому його володінні.

Досліджено роль та умови залучення інших учасників (підозрюваний, захисник (адвокат), представник, поняті, спеціаліст та ін.) при проведенні обшуку.

Сформовано визначення судового контролю під час обшуку, під яким розуміються регламентовані чинним законодавством правовідносини, що виникають при зверненні слідчого чи прокурора з клопотанням про проведення обшуку, сутність якого полягає у дослідженні та перевірці законності й обґрунтованості всіх приводів та підстав, оскільки це обмежує конституційні права особи.

Розкрито процесуальний порядок проведення обшуку у кримінальному провадженні.

Досліджено поняття «житло» та «інше володіння особи» з урахуванням практики Європейського суду з прав людини. Визначено, що з точки зору

міжнародно-правових актів (Загальної декларації прав людини, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Міжнародного пакту про громадянські і політичні права), а також справ, розглянутих Європейським судом з прав людини, законними можна вважати обмеження права на недоторканність житла, якщо вони мають правову основу. Такою основою є законна, обґрунтована та мотивована ухвала слідчого судді, постановлена за результатами всебічного дослідження клопотання.

Сформульовано наявність трьох правових підстав для проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи, відповідно до аналізу положень КПК України: 1) ухвала слідчого судді; 2) добровільна згода особи, яка володіє житлом чи іншим володінням; 3) ухвала слідчого судді, отримана на підставі невідкладних випадків, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину.

Розглянуто процесуальний порядок проведення обшуку особи у кримінальному провадженні, про що внесено ряд пропозицій доповнення чинного КПК України.

Проаналізовано три основних процесуальних документи, що мають місце при проведенні обшуку у кримінальному провадженні: 1) клопотання; 2) ухвала; 3) протокол.

Проведено опитування слідчих Національної поліції, прокурорів, адвокатів та суддей; опрацьовано матеріали кримінальних проваджень, звітність МВС України та Генеральної прокуратури України за 2013–2017 рр. щодо проведення обшуків у кримінальному провадженні.

Ключові слова: адвокат, контроль, кримінальне провадження, обшук, обшук особи, повноваження, прокурор, слідчий, суддя, учасники.

SUMMARY

Komarova M.V. Legal and organizational foundations of the search in criminal proceedings. – Qualifying scientific work on the rights of manuscripts.

Thesis for a Candidate Degree in Law, specialty 12.00.09 – Criminal Procedure and Criminalistics; forensic examination; operational search activities (081 – Law). – National Academy of Internal Affairs, Kyiv, 2018.

The dissertation on the basis of the study of legislation, literary sources, the results of the generalization of investigative and judicial practice conducted a comprehensive investigation of the search institute in criminal proceedings.

The historical and legal analysis of the formation and development of the search institute in the criminal process is considered.

The foreign experience of criminal procedural search was analyzed, its comparative legal research was conducted. The experience of foreign countries in search of a person's search (Russian Federation, Republic of Moldova, Belarus, Kazakhstan) is covered, as a result of which it is concluded that, on the one hand, the legislator regulates the right of a person to the inviolability of housing only in the Constitution of Ukraine, and in the criminal procedure law usually provides exceptions to this rule (the CPC of the Russian Federation), and on the other - the legislator more fully It consistently reveals the content of the right of a person to the inviolability of housing not only in constitutional norms, but also directly in the text of the criminal-procedural law (CPC of the Republic of Moldova).

According to the results of the study of doctrinal and normative sources regarding the essence of the concept of "search", his definition was formed, according to which the search is evidence-based, investigative (searchable) action, the essence of which is the compulsory purposeful examination of individual citizens, their clothes and personal belongings, , various buildings, housing, workplaces, vehicles, areas of the area under the direction of the searcher and his family members, or any organization, carried out within the framework of the criminal-procedural law authorized by that person, while respecting the guarantees of the rights and legitimate interests of citizens and legal entities, with the purpose of identifying, fixing and

seizing the instruments of crime, weapons, things and valuables obtained in a criminal way, as well as, items, documents and material evidence that have a meaning in the criminal proceedings, as well as the location of wanted criminals and corpses.

The grounds for conducting a search in criminal proceedings are revealed. It is substantiated that sufficient grounds for conducting a search are the mandatory presence of a set of factual and legal grounds.

The conditions for conducting a search in criminal proceedings, the observance of which are outlined by the Law and determine the admissibility of the evidence obtained in the further investigation, are summarized and substantiated.

The powers of the investigator and officers of the operational units concerning the conduct of the search were determined.

An algorithm for the actions of the person who is being searched and investigated by a judge is considered when considering a request for a search. Depending on the stage of the investigation, the status of a person conducting this CRD may not yet be determined, but in most cases (86% of the analyzed criminal proceedings) the search is conducted in a suspect in a home or in another possession.

The role and conditions of attracting other participants (the suspect, the lawyer, the representative, the concept, the specialist, etc.) are investigated during the search.

The definition of judicial control during a search is defined as the legal relationship regulated by the current legislation that arises at the request of an investigator or prosecutor with a request for a search, the essence of which is to investigate and verify the legality and validity of all grounds and grounds, as this limits constitutional rights person

The procedural procedure for conducting a search in a criminal proceeding is opened.

The concepts of "housing" and "other possession of a person" are studied, taking into account the practice of the European Court of Human Rights. It has been determined that from the point of view of international legal acts (Universal Declaration of Human Rights, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the International Covenant on Civil and Political

Rights), as well as cases considered by the European Court of Human Rights, legal restrictions may be considered legal on the inviolability of housing, if they have a legal basis.

Such a basis is a legitimate, substantiated and motivated decision of an investigating judge, based on the results of a comprehensive study of the petition.

It is formulated the existence of three legal grounds for conducting a search in a dwelling or other possession of a person, according to an analysis of the provisions of the CPC of Ukraine: 1) the decision of the investigating judge; 2) voluntary consent of the person who owns housing or other property; 3) the decision of the investigating judge obtained on the basis of urgent cases related to saving people's lives and property or directly prosecuting persons suspected of committing a crime.

The procedural procedure for conducting a person's search in a criminal proceeding is considered, as well as a number of proposals to supplement a certain CPC of Ukraine.

The analysis of three main procedural documents that took place during a search in a criminal proceeding: 1) a petition; 2) the decision; 3) protocol.

A survey of National Police investigators, prosecutors, lawyers and judges was conducted; The materials of criminal proceedings, reporting by the Ministry of Internal Affairs of Ukraine and the General Prosecutor's Office of Ukraine for the period of 2013-2017 on the conduct of searches in criminal proceedings were processed.

Key words: lawyer, control, criminal prosecution, search, person search, authority, prosecutor, investigator, judge, participants.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

в яких опубліковані основні наукові результати:

1. Комарова М. В. Історичний розвиток інституту обшуку в кримінальному процесі // *«Legea si Viata» в Україні : («Закон и Жизнь»)* м. Кишинів, Республіка Молдова. – 2015. – № 11/3 (287). – 142 с., с. 58-61.
2. Комарова М. В. Кримінальні процесуальні підстави проведення обшуку// *Науковий вісник Херсонського державного університету*. – 2016. – Вип. № 3. – Том 2 . – 177 с., с. 104-107.
3. Комарова М. В. Судовий контроль під час проведення обшуку // *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. – 2017. – Одеса. Вип. № 26. – 133 с., С. 119-121.
4. Комарова М. В. Прокурорський нагляд та судовий контроль за дотриманням слідчими законів під час проведення обшуку // *Електронне наукове фахове видання «Порівняльне – аналітичне право»*. – 2017. – Ужгород, Вип. № 3. – 272 с., с. 224-226 [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://www.pap.in.ua/3_2017/68.pdf (29.09.2017).
5. Комарова М. В. Обшук особи у кримінальному провадженні: сучасні реалії, європейський досвід // *Електронне наукове фахове видання «Юридичний науковий електронний журнал»*. – 2017. – Запоріжжя, вип. № 4. – 183 с., с. 158-159. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.lsej.org.ua/4_2017/43.pdf.
6. Комарова М. В. Повноваження слідчого під час проведення обшуку у кримінальному провадженні // *Науковий вісник Херсонського державного університету*. – 2018. – Вип. № 1. – Том 2 . – С. 125 –128.

які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

7. Комарова М.В. Поняття обшуку як самостійної слідчої (розшукової) дії у кримінальному процесі України. // *«Проблеми та стан дотримання захисту прав людини в Україні»*; Матеріали міжнародної науково-практичної

конференції, м. Львів, 14-15 серпня 2015 р. – Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив» 2015. – 124 с., с. 25-27.

8. Комарова М.В. Поняття слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні // *Актуальні проблеми застосування кримінального законодавства* : матеріали круглого столу (Київ, 5 листоп. 2015 р.) / відп. ред. О. С. Стеблинська. – К. : Державна пенітенціарна служба України, Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. – 236 с., с. 150-153.

9. Комарова М.В. Правова регламентація поняття «обшук». // *«Реформування національного та міжнародного права: перспективи та пріоритети»*; матеріали міжнародної науково-практичної конференції, (м. Одеса, Україна, 22-23 січня 2016 р.) – Одеса: ГО «Причорноморська фундація права», 2016. – 104 с., с. 97-100.

10. Комарова М.В. Підстави проведення слідчих (розшукових) дій. // *міжнародні та національні правові виміри забезпечення стабільності*; Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Львів, 15-16 квітня 2016 р. – Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив» 2016. – 168 с., с. 17-19.

11. Комарова М.В. Гарантії забезпечення прав учасників кримінального провадження // *Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини в Україні*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, Україна, 10-11 лютого 2017 р.) – Одеса: ГО «Причорноморська фундація права», 2017. – 112 с., с. 84-87.

12. Комарова М.В. Підстави та випадки відмови слідчими суддями у задоволенні клопотання слідчого (прокурора) про проведення обшуку // *Особливості розвитку публічного та приватного права в Україні*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 21-22 липня 2017 р.). – Харків: ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2017. – 104 с., с. 77-81.

13. Комарова М.В. Тлумачення понять «житло» та «інше володіння особи» // *Шляхи вдосконалення нормативно-правової бази України як основи сталого розвитку суспільства*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції

(м. Харків, 1 – 2 вересня 2017 р.). Х.: Східноукраїнська наукова юридична організація, 2017. – 96 с., с. 80-83.

14. Комарова М.В. Повноваження співробітників оперативних підрозділів під час обшуку. *Верховенство права та правова держава*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, (м. Ужгород 14–15 верес. 2018 р.). Ужгород: Ужгородський національний університет, 2018. – С. 137-140.

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ.....	12
ВСТУП	13
РОЗДІЛ І. ПОНЯТТЯ, МЕТА ТА ЗНАЧЕННЯ ОБШУКУ В СИСТЕМІ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ	
1.1. Історичний аспект розвитку інституту обшуку у кримінальному процесі.....	24
1.2. Правова природа, поняття та сутність обшуку як самостійної слідчої дії.....	37
1.3. Кримінальні процесуальні підстави та умови проведення обшуку.....	58
Висновки до розділу 1.....	89
РОЗДІЛ ІІ. УЧАСНИКИ ОБШУКУ ТА ЇХ РОЛЬ У ЙОГО ПРОВЕДЕННІ	
2.1. Повноваження слідчого та співробітників оперативних підрозділів під час обшуку.....	91
2.2. Правові гарантії участі інших учасників при проведенні обшуку.....	110
2.3. Процесуальне керівництво та судовий контроль при проведенні обшуку.....	137
Висновки до розділу 2.....	154
РОЗДІЛ ІІІ. ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ	
3.1. Обшук житла чи іншого володіння особи	156
3.2. Обшук особи у кримінальному провадженні.....	168
3.3. Процесуальне оформлення обшуку у кримінальному провадженні.....	180
Висновки до розділу 3.....	202
ВИСНОВКИ.....	208
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	209
ДОДАТКИ.....	237

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

ВРУ	– Верховна Рада України
ВССУ	– Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ
вул.	– вулиця
гл.	– глава
ГПУ	– Генеральна прокуратура України
ГУ НП	– Головне управління Національної поліції
ЄРДР	– Єдиний реєстр досудових розслідувань
ЄСПЛ	– Європейський суд з прав людини
ЗУ	– Закон України
КЗПЛ	– Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод
КК України	– Кримінальний кодекс України
КПК України	– Кримінальний процесуальний кодекс України
м.	– місто
ОРД	– оперативно-розшукова діяльність
п.	– пункт
РБ	– Республіка Білорусь
р.	– рік
рр.	– роки
РФ	– Російська Федерація
СВ	– слідчий відділ
СКС	– Статут кримінального судочинства
СРД	– слідча (розшукова) дія
ст.	– стаття, століття
ч.	– частина

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Реформа кримінальної юстиції загалом, і сфери кримінального провадження зокрема, зумовила зміну сутності та спрямованості кримінального процесу в бік його максимальної наближеності до міжнародних стандартів охорони та захисту прав, свобод і законних інтересів особи – учасника кримінальних процесуальних відносин. Визнаючи таку охорону одним із загальних завдань кримінального провадження, кримінальне процесуальне законодавство передбачає можливість, а в окремих випадках і необхідність застосування заходів процесуального примусу, від своєчасності та обґрунтованості застосування яких багато в чому залежить ефективність розслідування та судового розгляду кримінальних правопорушень.

Серед таких заходів особливе місце займає обшук, який, з одного боку, є одним із найбільш ефективних, а відповідно і затребуваних практикою, слідчих (розшукових) дій, спрямованих на одержання, насамперед, речових доказів, а з іншого – істотно обмежує конституційні права та свободи осіб, зокрема й тих, які не є безпосередніми учасниками кримінального провадження.

Так, згідно із даними судової статистики з часу введення в дію Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України (20.11.2012) станом на 01.05.2014 до слідчих суддів місцевих загальних судів надійшло 86 658 клопотань про надання дозволу на обшук житла чи іншого володіння особи, з яких 71 678 (82,7%) задоволено, у задоволенні 13 645 (15,7%) клопотань – відмовлено [217]. Надалі щороку кількість поданих клопотань збільшувалась: у 2015 р. на розгляд місцевих судів надійшло 75 162 клопотання про проведення обшуку житла чи іншого володіння особи (із них задоволено – 61 186 (81,4%)), у 2016 р. – 94 746 (із них задоволено – 76 922 (81,2%)), у 2017 р. – 118 884 (із них задоволено – 96 331 (81%)) [189].

Наведені дані засвідчують, з одного боку, переважно неформальне, належне ставлення слідчих, прокурорів і слідчих суддів до підготовки, підтримання та розгляду клопотань про проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, а з іншого – демонструє наявність фактів необґрунтованого та

безпідставного звернення органів досудового розслідування з відповідними клопотаннями.

Крім того, щороку фіксується надходження до суду скарг на дії та бездіяльність слідчого, прокурора, зокрема у межах виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи або проведення обшуку в порядку ч. 3 ст. 233 КПК України, частина з яких визнаються обґрунтованими та задовольняються [220].

Потреба у встановленні оптимальної моделі нормативного врегулювання проведення обшуку у кримінальному провадженні, яка б встановлювала баланс суспільних інтересів щодо забезпечення розслідування і судового розгляду кримінального правопорушення та приватних інтересів щодо недопущення невинуватеного, необґрунтованого обмеження конституційних прав та свобод окремої особи, зумовила періодичну трансформацію відповідних норм КПК України.

Так, протягом 2015–2018 рр. до статей 234, 236 КПК України зміни вносились законами України від 13.05.2015 № 394, від 10.11.2015 № 769, від 16.11.2017 № 2213, від 03.10.2017 № 2147, від 22.03.2018 № 2367.

Незважаючи на таку законотворчу динаміку, аналіз слідчої та судової практики засвідчує наявність низки проблемних питань як правового, так і організаційного характеру, що потребують свого вирішення.

Загальнотеоретичні, правові та організаційні аспекти обшуку у кримінальному процесі завжди були предметом уваги вчених-процесуалістів і криміналістів на різних етапах розвитку кримінального процесуального права. Відповідні висновки, пропозиції та рекомендації містяться у працях Ю.П. Аленіна, В.К. Весельського, В.І. Галагана, В.Я. Горбачевського, Ю.М. Грошевого, А.В. Іщенка, О.В. Капліної, В.С. Кузьмічова, О.П. Кучинської, Л.М. Лобойка, Є.Д. Лук'янчикова, В.Г. Лукашевича, М.М. Михеєнка, В.Т. Маляренка, В.В. Назарова, Д.Й. Никифорчука, В.Т. Нора, М.А. Погорецького, В.О. Попелюшка, А.Р. Ратінова, В.М. Тertiшника, Л.Д. Удалової, С.С. Чернявського, Ю.М. Чорноус, В.Ю. Шепітька, М.Є. Шумила та інших вчених.

Дослідження зазначених та інших авторів щодо розвитку проблематики обшуку у кримінальному процесі, його правової природи, підстав і порядку проведення набули важливого теоретичного та практичного значення. Сформульовані в результаті проведених досліджень ідеї отримали відображення у законодавстві та були сприйняті правозастосовною практикою. Проте, сьогодні є потреба з урахуванням сучасних тенденцій розвитку кримінальних процесуальних відносин нового теоретичного осмислення питань щодо правової природи та поняття обшуку; міжнародно-правових стандартів та зарубіжного досвіду проведення обшуку; підстав, об'єктів та процесуального порядку проведення обшуку, оформлення його результатів; повноважень учасників обшуку та правових гарантій їх реалізації тощо.

Отже, активне застосування обшуку у кримінальному провадженні перманентне, однак постійне удосконалення його нормативно-правової регламентації, і, водночас, наявність правових та організаційних проблем у практичній діяльності органів і осіб, які проводять обшуки та залучаються до його проведення, зумовлюють необхідність проведення комплексного, системного наукового дослідження, що свідчить про актуальність обраної теми.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертацію виконано відповідно до Стратегії національної безпеки України, затвердженої Указом Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015, Національної стратегії у сфері прав людини, затвердженої Указом Президента України від 25 серпня 2015 р. № 501/2015 та Плану дій з її реалізації на період до 2020 р., схваленого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23 листопада 2015 р. № 1393 р., Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 рр., схваленої Указом Президента України від 20 травня 2015 р. № 276/2015, Переліку пріоритетних напрямів наукового забезпечення діяльності органів внутрішніх справ України на період 2015–2019 рр., затвердженого наказом МВС України від 16 березня 2015 р. № 275, Основних напрямів наукових досліджень Національної академії внутрішніх справ на 2014–2017 рр., схвалених Вченою радою Національної академії внутрішніх справ (протокол від 29 жовтня 2013 р. № 28).

Тему дисертаційного дослідження затверджено на засіданні Вченої ради Національної академії внутрішніх справ 30 жовтня 2014 р. (протокол № 20) і схвалено Координаційним бюро Національної академії правових наук України (№ 1009, 2014 р.).

Мета і задачі дослідження. *Метою* роботи є розроблення та обґрунтування положень теоретичного і практичного характеру, що пов'язані з визначенням правового змісту проведення обшуку у кримінальному провадженні, й на цій основі формулювання науково обґрунтованих пропозицій і рекомендацій з удосконалення кримінального процесуального законодавства та практики його застосування щодо проведення обшуку у кримінальному провадженні.

Для досягнення зазначеної мети необхідно було вирішити такі *задачі*:

- з'ясувати генезис становлення інституту обшуку у кримінальному провадженні;
- визначити правову природу та сформулювати поняття обшуку у кримінальному провадженні;
- встановити кримінальні процесуальні підстави та умови проведення обшуку;
- розкрити повноваження суб'єктів, які за законом мають право на проведення обшуку;
- визначити роль понятих та інших учасників, які залучаються до проведення обшуку у кримінальному провадженні;
- визначити види та процесуальний порядок проведення обшуку у кримінальному провадженні;
- розкрити сутність прокурорського керівництва та судового контролю при проведенні обшуку;
- сформулювати й обґрунтувати пропозиції і рекомендації щодо вдосконалення законодавства та практики його застосування у контексті питань, що розглядаються у дисертаційному дослідженні.

Об'єкт дослідження – кримінальні процесуальні відносини, що виникають, розвиваються та припиняються між учасниками кримінального провадження при проведенні обшуку.

Предмет дослідження – правові та організаційні засади обшуку у кримінальному провадженні.

Методи дослідження. Під час дослідження застосовувались як загальнонаукові методи (*спостереження, опису, порівняння, класифікації*) для визначення правових категорій, що характеризують кримінальне провадження (розділи 1–3), так і спеціальні методи, зокрема: *історико-правовий метод* дозволив дослідити становлення інституту обшуку у кримінальному процесі (підрозділ 1.1); *системний аналіз*, а також *системно-структурний* і *формально-логічний* – надали можливість з'ясувати правову природу та сутність обшуку (підрозділ 1.2); завдяки *порівняльно-правовому методу* було проаналізовано погляди вчених щодо окремих аспектів проведення обшуку, а також норми чинного кримінального процесуального законодавства України і законодавства інших держав (Німеччини, Франції, Російської Федерації, Республіки Білорусь, Республіки Казахстан, Республіки Молдова, Киргизької Республіки та ін.) у межах предмета дослідження (підрозділ 1.3; 3.1; 3.2); завдяки *формально-юридичному методу* досліджувалися норми Конституції України, чинного КПК України, інших законів України, з'ясовувалися зміст і значення вживаних понять і термінів, обґрунтовувалися висновки і пропозиції щодо їхньої зміни та доповнення (підрозділи 1.2, 2.1, 2.2; 3.2); *структурно-функціональний* – було використано для аналізу процесуального порядку проведення обшуку (підрозділи 3.1, 3.2); *соціологічний* – дав змогу вивчити погляди і позиції слідчих, прокурорів та адвокатів з питань, що досліджувалися, а *статистичний* – узагальнити результати вивчення матеріалів кримінальних проваджень та анкетування; з допомогою *моделювання і прогнозування* було сформульовано конкретні пропозиції щодо вдосконалення чинного КПК України (підрозділи 1.2, 1.3, 2.1, 2.2, 3.1, 3.2).

Емпіричну базу дослідження становлять аналітичні та статистичні дані МВС України, Національної поліції України, Генеральної прокуратури

України, Державної судової адміністрації України; зведені результати вивчення 110 кримінальних проваджень (2013–2018 рр.), в яких проводився обшук у Волинській, Дніпропетровській, Київській, Одеській, Сумській, Харківській областях і м. Києві; результати анкетування 90 слідчих Національної поліції України, 55 прокурорів, 50 адвокатів та 30 слідчих суддів (м. Києва, Вінницької, Дніпропетровської, Запорізької, Київської, Кіровоградської, Львівської, Миколаївської, Одеської, Херсонської областей); державна та відомча статистична звітність (2012–2018 рр.), слідча, прокурорська, адвокатська та судова практика (зокрема досвід роботи автора на посаді слідчого).

Наукова новизна одержаних результатів полягає у тому, що за характером і змістом розглянутих питань дисертація є однією з перших в Україні монографічних праць, в якій виявлені та досліджені проблемні питання, що виникають при проведенні обшуку у сучасному кримінальному провадженні. У роботі сформульовано низку нових положень, висновків, пропозицій і рекомендацій, що мають істотне значення для теорії кримінального процесу та юридичної практики. До найсуттєвіших із них слід віднести такі:

вперше:

– запропоновано деталізувати порядок звернення до слідчого судді у разі проникнення до житла чи іншого володіння особи без ухвали слідчого судді (в порядку, передбаченому ч. 3 ст. 233 КПК України), зокрема положеннями про те, що прокурор, слідчий за погодженням із прокурором зобов’язаний протягом 24 годин після здійснення таких дій звернутись із клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді, долучивши до нього, окрім матеріалів, передбачених вимогами ч. 3 ст. 234 КПК України, протокол проведеного обшуку;

– обґрунтована доцільність відображення у протоколі обшуку пояснень обшукуваної особи та членів її сім’ї щодо походження об’єктів, вилучених під час обшуку та інших обставин, що їх характеризують;

удосконалено:

– поняття слідчих (розшукових) дій, під якими пропонується розуміти різновид пізнавально-процесуальних дій, здійснюваних уповноваженою на те

особою, в порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством, сутність яких полягає у виявленні, отриманні, збиранні, перевірці та використанні доказів у межах кримінального провадження;

– поняття підстав проведення слідчих (розшукових) дій, під якими пропонується розуміти наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість отримання нових або перевірки наявних доказів у кримінальному провадженні, з метою отримання інших необхідних доказів для реалізації завдань кримінального провадження;

– поняття обшуку, під яким пропонується розуміти обґрунтовану доказами слідчу (розшукову) дію, сутність якої полягає у примусовому цілеспрямованому обстеженні особистих речей, приміщень, споруд, житла, робочих місць, транспортних засобів, ділянок місцевості, що знаходяться у віданні обшукуваної особи та членів її сім'ї, або юридичної особи, окремих громадян, їх одягу, яка здійснюється на підставі кримінального процесуального закону уповноваженою на те особою при дотриманні прав, свобод і законних інтересів громадян і юридичних осіб, з метою виявлення, фіксації та вилучення знарядь кримінального правопорушення, зброї, речей та цінностей, здобутих злочинним шляхом, а також предметів, документів та речових доказів, що мають значення у кримінальному провадженні, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб, трупів, тварин;

– поняття взаємодії слідчого та оперативних підрозділів під час проведення обшуку у кримінальному провадженні, під якою пропонується розуміти засновану на кримінальному процесуальному законі та відомчих нормативно-правових актах, а також спільності завдань, діяльність уповноважених у конкретному кримінальному провадженні суб'єктів, що передбачає ефективне використання заходів, сил, форм, методів і засобів, спрямованих на виконання ухвали про дозвіл на обшук та досягнення його мети;

– поняття понятого, яким пропонується вважати фізичну, повнолітню, незацікавлену у кримінальному провадженні особу, яка запрошується слідчим, прокурором до проведення слідчих (розшукових), у необхідних випадках – процесуальних дій, з метою створення необхідних умов для об'єктивного їх

проведення. Поняття понятого та його процесуальний статус пропонується закріпити у ст. 67-1 КПК України;

- правову регламентацію участі оперативних співробітників у проведенні обшуку слідчим, прокурором на підставі ухвали про проведення обшуку шляхом формулювання змін до п. 19 ч. 1 ст. 3, п. 3 ч. 2 ст. 40, ч. 3 ст. 234 КПК України;

- правову регламентацію набуття особою процесуального статусу потерпілого з моменту прийняття відповідного процесуального рішення, яке слідчий, прокурор виносить у формі постанови, а слідчий суддя, суд – ухвали, коли реально створюються відповідні умови і забезпечується можливість реалізації особою передбачених законом прав шляхом формулювання змін до ч. 2 ст. 55 КПК України;

- правову регламентацію фіксування учасниками кримінального провадження проведення обшуку за допомогою відеозапису шляхом формулювання змін до ч. 1 ст. 107 КПК України щодо надання права безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису стороні захисту, особі, в якій проводиться обшук, та її адвокату;

- правову регламентацію проведення особистого обшуку шляхом доповнення КПК України ст. 234-1 «Обшук особи»;

дістало подальший розвиток:

- деталізація етапів становлення та розвитку інституту обшуку у кримінальному процесі, зокрема від початку Х ст. і до періоду прийняття та дії чинного КПК України;

- наукові підходи щодо «виявлення та фіксації відомостей» як мети обшуку, змістом яких пропонується вважати систему специфічних пошукових та процесуальних дій спеціально уповноважених державних органів та посадових осіб з отримання початкової інформації щодо ознак кримінального правопорушення (факту вчинення, предметів, документів, інших даних) та її процесуальної реєстрації. При цьому визначається, що виявлення інформації здійснюється засобами пошукової та процесуальної діяльності, а фіксація відомостей – засобами процесуальної діяльності;

– встановлення особливостей обшуку серед інших слідчих (розшукових) дій, до яких, зокрема, віднесено: належність об'єктів пошуку певним особам; конкретизованість об'єктів пошуку; примусовий характер обстеження;

– система фактичних і правових підстав проведення обшуку, відповідно до якої юридичними підставами пропонується вважати сукупність кримінальних процесуальних умов та норм, що регламентують проведення обшуку уповноваженим суб'єктом, що належним чином оформлене спеціально визначеним процесуальним документом (ухвала слідчого судді), а фактичними підставами – сукупність достатніх даних, достовірність яких належним чином перевірена та обґрунтована, про те, що зняття кримінального правопорушення, майно, яке було здобуте у результаті його вчинення, предмети і документи, які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення, знаходяться в житлі, іншому володінні особи чи в будь-якої особи, або коли є достатні підстави вважати, що в певному житлі чи іншому володінні особи переховуються розшукувані особи або знаходяться розшукувані трупи чи тварини;

– система умов належного проведення обшуку, до якої пропонується включити: територіальну юрисдикцію; відповідних суб'єктів звернення з клопотанням про дозвіл на обшук і безпосередньо проведення обшуку; за формою та змістом процесуальні документи; учасників обшуку (обов'язкових і факультативних); дотримання порядку проведення обшуку, встановленого кримінальним процесуальним законом;

– система повноважень слідчого судді при здійсненні судового контролю за проведенням обшуку під час досудового розслідування, відповідно до якої визначено порядок дій слідчого судді під час одержання, розгляду та вирішення клопотань про проведення обшуку.

Практичне значення одержаних результатів полягає у тому, що сформульовані та аргументовані в дисертації теоретичні положення, висновки та пропозиції впроваджено і використовуються у:

– *законотворчій діяльності* – під час внесення змін і доповнень до КПК України з питань проведення обшуку (лист до Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності від 19 січня 2018 р. № 46/5ВР);

– *правозастосовній діяльності* органів досудового розслідування та прокуратури – під час розроблення й удосконалення відомих нормативно-правових актів і методичних рекомендацій з питань проведення обшуку у кримінальному провадженні (акт впровадження ДПП у Деснянському районі Головного управління Державної фіскальної служби України у м. Києві від 22 листопада 2017 р.);

– *освітньому процесі* – під час підготовки лекцій, методичних рекомендацій, тестових завдань і дидактичних матеріалів із навчальних дисциплін «Кримінальний процес», «Кримінально-процесуальне доказування», «Практикум зі складання кримінально-процесуальних документів», а також під час підготовки лекцій і проведенні занять за відповідними темами (акт впровадження Національної академії внутрішніх справ від 10 грудня 2018 р.)

Апробація результатів дисертації. Основні положення та висновки, що сформульовані в дисертації, оприлюднено у доповідях і виступах на міжнародних і всеукраїнських науково-практичних та науково-теоретичних конференціях, зокрема: «Проблеми та стан дотримання захисту прав людини в Україні» (м. Львів, 14–15 серпня 2015 р.); «Актуальні проблеми застосування кримінального законодавства» (м. Київ, 5 листопада 2015 р.); «Реформування національного та міжнародного права: перспективи та пріоритети» (м. Одеса, 22–23 січня 2016 р.); «Міжнародні та національні правові виміри забезпечення стабільності» (м. Львів, 15–16 квітня 2016 р.); «Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини в Україні» (м. Одеса, 10–11 лютого 2017 р.); «Шляхи вдосконалення нормативно-правової бази України як основи сталого розвитку суспільства» (м. Харків, 1–2 вересня 2017 р.); «Особливості розвитку публічного та приватного права в Україні» (м. Харків, 21–22 липня

2017 р.); «Верховенство права та правова держава» (м. Ужгород 14–15 верес. 2018 р.).

Публікації. Основні положення та висновки, що сформульовані в дисертації, відображено у 14 наукових публікаціях, серед яких шість статей – у виданнях, включених МОН України до переліку наукових фахових видань з юридичних наук, одна стаття – у зарубіжному юридичному виданні (Республіка Молдова) та вісім тез доповідей у збірниках матеріалів науково-практичних та науково-теоретичних конференцій.

Структура та обсяг дисертації. Робота складається з анотації, переліку умовних позначень, вступу, трьох розділів, що містять дев'ять підрозділів, висновків, списку використаних джерел (259 найменувань на 24 сторінках) і семи додатків на 30 сторінках. Повний обсяг дисертації становить 250 сторінок, із них основний текст – 196 сторінок.

РОЗДІЛ І. ПОНЯТТЯ, МЕТА ТА ЗНАЧЕННЯ ОБШУКУ В СИСТЕМІ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

1.1. Історичний аспект розвитку інституту обшуку у кримінальному процесі

Одним із поширених засобів отримання доказової інформації при розслідуванні кримінального провадження є обшук. Для визначення його поняття і сутності необхідно звернутися до історичних аспектів проведення обшуку в кримінальному процесі [11].

Складність розгляду питань історії розвитку регламентації обшуку зумовлена, з одного боку, відмінностями термінологічного апарату чинного законодавства та законодавства Стародавньої Русі, з іншого – тим, що до виникнення і розвитку пошукового (інквізиційного) процесу кримінально-процесуальна сфера не ставилася повністю до прерогативи державної влади [170, с. 113].

Як зазначає А. А. Бакіров, історія обшуку бере свій початок з XV ст. [12]. Ми не можемо повністю з цим погодитися, оскільки окремі аспекти обшуку відображалися у період князювання Олега (882-912 рр.).

На початку формування Російського кримінально-процесуального законодавства обшук розглядався як діяльність зі збору доказів, від результатів якої залежав спосіб суду над підсудним. Перша згадка про цей інститут відносяться до Судебника Івана III.

Судебник 1550 р., Статутна книга розбійного наказу 1555 р. і Соборне Укладення 1649 р. під обшуком (повальним обшуком, ліхованим обшуком і т.д.) розуміли опитування населення або конкретних осіб з метою перевірки чуток, характеристики підсудного, отримання інформації про його благонадійності і т.д. Тим часом ще в Договорі Олега з греками 911 р. зазначалося, що якщо за підозрою в крадіжці, хто робитиме самоправно обшук у чужому домі з утиском і явним насильством, або візьме під виглядом законного обшуку що-небудь в іншого, то з російського закону повинен повернути втриє проти взятого. Тобто даний нормативний акт розглядав обшук у сучасному розумінні цього терміна [170, 114].

У Судебнику 1497 і 1550 рр. обшук і тортури були основними методами ведення кримінального процесу, причому все кримінальне судочинство того часу іменувалося обшуком. Його проводили губні старости і цілувальники та інші наказові люди, насамперед, методом розпитування очевидців [257].

Так, губні старости і цілувальники збирали людей і проводили «повальний обшук» як діяльність зі збору доказів, за результатами якої вирішувалося питання про спосіб суду над підсудним. Сутність повального обшуку полягала у тому, що всі жителі околог (ділянки) опитувалися щодо життя і поведінки підозрюваних у вчиненні злочину осіб.

Отже, повальний обшук містив у собі всі ознаки допиту і був мало схожий на сучасну слідчу дію, іменовану обшуком [12]. Повальний обшук допускав опитування необмеженої кількості сторонніх людей для встановлення репутації обвинуваченого і перевірки достовірності його показань [140].

Тому В. І. Даль визначає повальний обшук як загальний допит жителів за якої-небудь справи, а І. Л. Петрухін називає його розпитуванням.

Як пояснює професор В. Д. Спасович, «повальний обшук є свідчення цілої громади, миру». Спочатку на Русі люди селилися общинами, де між ними зберігалися тісні взаємозв'язки. Не випадково повальний обшук виникає у той момент, коли кримінальний процес набуває форми розшукового. Поява розшукового процесу пов'язана насамперед з посиленням державної влади. А де ще шукати особу, яка вчинила злочин, як не в громаді, де люди добре обізнані про діяльність один одного, зважаючи, на їх компактно-спільне проживання? Саме тому держава покладає на громаду обов'язок видавати лихих людей, для чого у неї з'являються судово-слідчі і поліцейсько-розшукові обов'язки [181, с. 19].

Далі, В. Д. Спасович зазначає, що повальний обшук з'являється в момент, коли громада перетворюється на адміністративну, коли вона просочується державним елементом, коли центральна влада намагається звернути її в орган дії [181, с. 22].

Повальний обшук був одним з основних розшукових дій і «загальною мірою боротьби зі злочинністю». Весь кримінальний процес у той історичний період складався з таких дій: після приводу людини на гарячому суддя робив про неї повальний обшук, а назвали її при обшуку хвацькою людиною, суддя негайно піддавав його її тортур; показється вона з тортури, її стратили; не показється, її відправляли у в'язницю до смерті [73, с.58-61].

Водночас, сам повальний обшук, за свідченням В. Д. Спасовича, проводився у такому порядку. Держава домоглася від громади свідчення, чи добра людина обвинувачена, чи лиха; проти можливих помилок вона намагалася заручитися багаточисельністю залучених до обшуку людей і страшними карами осягати їх за утайку істини. Обшук йшов на всі чотири сторони версти по дві, по три, по шести і більше; допитувались підряд, а не за вибором, чоловік двадцять, п'ятдесят, сто; заборонялося приймати свідчення від сімей і змов, а за брехню або утайку відомих хвацьких людей п'ятий або шостий з обшукуваних піддавалися побиттю кнутом [12].

Аналогічно Псковська судна грамота, описуючи процес щодо «татебное» у справах розглядала обшук не як опитування, а як пошук об'єктів. Цей нормативний документ передбачав проведення обшуку самим потерпілим за участю пристава, якого направляв князь або посадник. При опорі обшуку особа визнавалася винною. Стаття 59 передбачала відповідальність за надання протидії обшукуваним особам. Але й особи, яких обшукували з приставом, несли відповідальність за неправдиві свідчення про опір відповідача або виявленні у нього вкраденої речі. При обшуку повинні були бути присутніми два-три свідки, які й підтверджували показання пристава і потерпілого. Серед підстав проведення обшуку Грамота окремо виділяла показання співучасників чи інших злочинців: «А татю віри не п'ять, а на кого возклеплет, іно будинок його обшукати і знайдуть в дому його що полішное, і він той же тать, а не знайдуть у його дому, він вільний» (Якщо тать буде на кого-небудь клепати, то не вірити йому, а робити обшук в будинку того, кого він клеплет; і коли по обшуку знайдеться в цьому дому місце злочину, то господар будинку судився так само, як тать, а якщо не знайдеться поличного, то він не винен) [257].

Статутна Білозерська грамота 1488 р. детально розглядала категорію «поличного» при обшуку, вказуючи, що «гарячим» вважається тільки те, що позивач з приставами знайде у підозрюваного з кліті або з-під замку, а те, що знайде у нього на подвір'ї чи в будинку, але не під замком, не вважалось «гарячим».

Регламентация обшуку у СКС 1864 р. отримала якісно новий щабель розвитку. Статут передбачав конкретні підстави обшуку: обшук і виїмка в будинках та інших житлових приміщеннях виробляються лише у разі ґрунтовної підозри, що в цих місцях приховані: обвинувачений чи предмет злочину або речові докази, необхідні для пояснення справи. За Статутом обшук міг проводитися мировим суддею, слідчим або чинами місцевої поліції. Провадження обшуків покладалося на поліцію тільки тоді, коли з будь-яких особливих обставин ці дії не могли бути виконані мировим суддею або слідчим особисто і не було можливим відкласти їх до іншого часу.

У ст. 258 Статуту зазначалося, що у тих випадках, коли поліцією затримано при вчиненні злочину або щойно вчинене злочинне діяння, а також коли до прибуття на місце події судового слідчого сліди злочину могли б зникнути, поліція замінює судового слідчого у всіх слідчих діях, що не терплять зволікання, наприклад: огляд, обшук і виїмка, але формальних допитів ні обвинуваченим, ні свідкам поліція не проводить, хіба б хто-небудь з них виявився тяжко хворим і виявилось б побоювання, що він помре до прибуття слідчого. Обшук повинен був проводитися у присутності не менш як двох понятих. До обшуку в якості понятих запрошувався господар будинку або приміщення або його дружина, або будь-хто із старших членів сім'ї. Встановлено переважно денний час для проведення обшуків і виїмок. У разі необхідності дозволялося проведення обшуку і виїмки вночі, але тільки з поясненням у протоколі причин, що спонукали слідчого вдатися до цієї надзвичайної міри [257].

Статут закріплював загальний порядок проведення обшуку, зачіпаючи навіть окремі не процесуальні, а криміналістичні елементи: місце, де проводять

обшук, може бути оточене поліцейськими служителями; за їх відсутністю воно охороняється приватними особами.

Закріплювалося обов'язкове роз'яснення понятим і господарю обшукуваного будинку або приміщення, в якій справі робиться обшук і з якою саме метою. У разі відмови з боку господаря у доступі до закритих приміщень чи об'єктів слідчому надавалося право відкривати замкнене, «але у всякому разі він повинен уникати марного пошкодження обстежуваних приміщень». Закріплювалася можливість проведення обшуку за участю обізнаних людей.

У Статуті докладно розглядався порядок проведення обшуку у таких специфічних випадках, як обшуки і виїмки у приміщеннях іноземних міністрів; обшуки в церквах, в молитовних будинках, в будинках архієрейських або монастирських, в будівлях, займаних установами місцями, вченими товариствами, навчальними або богоугодними закладами, а також у фортецях і казармах; обшуки в палацах, де перебувають государ-імператор або члени імператорського дому; обшуки, виїмки або огляди в місцях, що знаходяться у винятковому віданні військового начальства.

Статут закріплював обов'язкове надання письмових чи речових доказів на вимогу судового слідчого, але при цьому вказував на необхідність дотримання передбаченої законом конфіденційності документів, «без оголошення обставин, що не відносяться до слідства», і з дотриманням таємниці змісту паперів, «переданих присяжному повіреному з умовою зберегти їх у таємниці» [170, с. 115-117].

Соборне укладення 1649 р. більш детально регламентувало порядок кримінального судочинства, проте обшук, як і раніше, розглядався саме як процес безпосереднього доведення вини особи [65, с. 62].

Саме тут закріплювались випадки проведення «повального обшуку»: якщо у позивача і відповідача відсутні загальні свідки; якщо обидва посилаються на багатьох безіменних людей; якщо підсудний заперечує свідчення проти себе [140].

Проте вже Статутна книга Розбійного наказу Соборне укладення 1649 р. розрізняла два види обшуку: власне повальний обшук і обшук

обхідними людьми. Останній мав обмежене застосування: 1) коли було потрібно дізнатися, чи була надана допомога «розбійникам» особами, хто почув їх крик, і чи йшли вони на слід для відшукування злочинця; 2) коли потрібно було впевнитися в кількості спаленого розбійниками майна.

Отже, можна стверджувати, що обшук обхідними людьми містив у собі деякі ознаки обшуку в сучасному його розумінні; оскільки був направлений на виявлення будь-яких предметів, що мають значення для дослідження злочину. У цей самий час стала застосовуватися і виїмка. Так, для спонукання ослушників до виконання своїх обов'язків щодо держави пристави, які служили в розбійному наказі, наказі розшукових справ, Таємному наказі, могли застосовувати одним із заходів примусу виїмки людей і предметів.

Поступово повальний обшук перестає користуватися довірою, оскільки допускає можливість спотворення даних: дедалі більше поширювалися випадки підкупу осіб, які брали участь у повальному обшуку. Саме тому І. Т. Посошков зазначав: «А що в проклятих повальних обшуків, то сам сатана сидить, а Божої правди ні сліду немає; всіх свідків пишуть заочно, а — і попи, і диякони не бачать тих людей, на яких хто послався; на словах, не чуючи, до обшуків руки прикладають » [11].

Укладення 1649 р. знало і прообраз сучасного обшуку — «місця злочину або речовий доказ», що являло собою виявлення у підозрюваного викрадену річ [140].

Уже Петро I відмовляється від повального обшуку і в Військовому Статуті 1716 р. він не міститься. Однак Звід кримінальних законів відновив повальний обшук: 272 зазначених правових акти закріплювали правило, згідно з яким повальний обшук проводився у тому випадку, якщо необхідно впевнитися в якій-небудь обставині у справі, яка може бути відома всім чи багатьом жителям якого-небудь місця, як-то про поведінку підсудного.

В. Д. Спасович стверджує, що обшук, проведений відповідно зі Зводом кримінальних законів, не був доказом досконалим, а приймався тільки в підкріплення інших доказів, а оскільки він не мав ніякої особливої

важливості, то перетворився на формальний обряд. Отже, повальний обшук став представляти собою не більш як збирання характеристик особистості обвинуваченого, що дістало відображення у сучасному кримінальному судочинстві [11].

До затвердженого Петром I у 1722 р. «Військового статуту» додавалося «Коротке зображення процесів», запозичене із законодавства Західної Європи та застосовувалось не тільки для розслідування і вирішення військових справ, а й для загальнокримінальних злочинів. Самостійним доказом результати обшуку в цьому нормативному акті не розглядалися [16, с. 8].

І лише до XIX ст. сформувалося поняття обшуку як процесуальної дії, як одного із засобів доказування. У Зводі законів Російської імперії 1832 р. йшлося про обшук як спосіб збирання доказів. Проте у законі не було чіткого розмежування між обшуком і виїмкою, і дозволяло припустити, що виїмка – це елемент обшуку (так, ст. 94 Зводу зобов'язує «виємщіка» обшукати домоволодіння). Водночас встановлювалися загальні правила проведення обшуку, наприклад, участь «пристойного числа» понятих (ст. 94), заборона на заподіяння майнової шкоди при проведенні обшуку або виїмки (ст. 97) і т.д. [16, с. 10].

Істотне переосмислення поняття обшуку як одного із засобів збирання доказів відбувається у зв'язку з прийняттям Статуту кримінального судочинства 1864 р. (далі – СКС), у ст. 43 якого вперше з'явилася норма про обов'язкову присутність понятих при проведенні обшуку. У цей період обшук з всеосяжного способу збору доказів у справі перетворився на конкретну слідчу дію [65].

Так було встановлено детальну процедуру проведення обшуку, при цьому особливу увагу було приділено захисту прав і свобод особи, в якій проводився обшук [11].

Статті 357-370 СКС, адресовані судовому слідчому, містили норми, що регламентують основні положення, пов'язані з проведенням обшуку. Умови та порядок проведення обшуку здебільшого були схожі з сучасними положеннями

кримінально-процесуального закону. Наприклад, «обшуки в будинках та інших житлових приміщеннях проводились лише у випадку обґрунтованої підозри, що в цих місцях приховані: обвинувачений чи предмет злочину або речові докази, необхідні для пояснення справи» (ст. 357); «Обшуки і виїмки проводяться при понятих і при господарі будинку або приміщення, а коли він у відсутності, то при дружині його, якщо він одружений, або при кому-небудь із старших домашніх його осіб» (ст. 358) та ін.

Вперше на законодавчому рівні СКС встановив порядок проведення обшуку в приміщеннях щодо осіб з особливим статусом (государ або члени імператорського будинку). Для проведення обшуку у зазначених осіб мав бути дозвіл Міністерства закордонних справ або належного придворного начальства. У такому вигляді законодавча регламентація обшуку проіснувала до 1917 р., саме тоді СКС перестав діяти [140].

У зв'язку з Жовтневою соціалістичною революцією 1917 р. і наступними змінами суспільно-політичного ладу відбувалися певні зміни у кримінально-процесуальному законодавстві. Так, 17.11.1917 р. у наказі про взаємини ЦВК і РНК, прийнятому за пропозицією Я. М. Свердлова, заходи щодо боротьби з контрреволюцією можуть бути проведені РНК безпосередньо, при умові відповідальності перед ЦВК. Декретом РНК РРФСР від 24.11.1917 р. «Про суд» існуючий порядок попереднього слідства у кримінальних справах був скасований. Питання, пов'язані з проведенням обшуку, порушувалися в Постанові Народного комісаріату юстиції РРФСР від 16.12.1917 р. Однак даний нормативний акт встановлював тільки перелік установ, які були правомочні видавати ордери на проведення обшуку, і не торкався питань, пов'язаних з процедурою проведення цієї слідчої дії. У цей самий період був скасований інститут прокурорського нагляду [198, с. 145].

Постановою ВЧК від 22.03.1918 р. «Про створення місцевих ЧК щодо боротьби з контрреволюцією та спекуляцією» місцевим ЧК було передано виключне право проведення всіх арештів, обшуків тощо. Також відповідно до створеної Інструкції проведення обшуків і арештів наказувалося ставитися

«дбайливо до людей, які заарештовані або в яких проводився обшук», пам'ятаючи, що позбавлений свободи не може захищатися» [198].

У наказі начальника міліції РРФСР № 24 «Про правила проведення обшуків» від 16.03.1921 р. містилися розгорнуті вказівки для співробітників міліції, які беруть участь у проведенні обшуків, що нагадують положення СКС. Зокрема, підставою для проведення обшуку називалася «грунтова підозра у тому, що в місцях, які повинні бути обшукані, ховаються: необхідні для справи речові докази; злочинець, якого розшукують». Формальною підставою для проведення такої слідчої дії був «ордер, виданий начальником кримінально-розшукової установи».

Декретом ВЦВК від 06.02.1922 р. «Про скасування ВЧК і про правила проведення обшуків, виїмок і арештів» був встановлений порядок, згідно з яким арешти, обшуки і виїмки могли надалі проводитися органами Державного політичного управління не інакше як за спеціальною постановою і особливим ордером, порядок видачі яких визначається інструкцією, затвердженою Народним комісаріатом юстиції.

Досить конкретну і детальну регламентацію проведення обшуку отримало у КПК РРФСР 1922 р. і КПК РРФСР 1923 р. Обшуку і виїмці у КПК РРФСР 1923 р. була присвячена глава XIV. Рішення про проведення обшуку приймалося слідчим одноособово. Для проведення обшуку в приміщеннях дипломатичних представництв потрібен був дозвіл Народного комісаріату закордонних справ. Для вилучення документів, що містили державну, дипломатичну або військову таємницю, відповідними установами за угодою з прокурором могли встановлюватися особливі гарантії їх нерозголошення [257].

Згідно з КПК РРФСР 1922 р. також вимагались спеціальна постанова і ордер на проведення обшуку, а також присутність при проведенні обшуку понять.

Слід зазначити, що у КПК РРФСР 1922–1923 рр. обшук вважали самостійною слідчою дією, що передбачала мету, підстави і детальний порядок проведення. Отже, у перших вітчизняних кримінально-

процесуальних законах проведення обшуку отримало досить детальну регламентацію. Водночас, цими актами заперечувалася роль суду у прийнятті рішення про обшук, тобто закон допускав можливість істотного обмеження прав особи без попередньої судової перевірки.

Отже, можна відзначити, що наступним етапом розвитку інституту вилучення майна і кримінального процесу в цілому став радянський період.

Після революції 1917 р. на території сучасної України діяла Інструкція для народних слідчих 1919 р. Хоча політична система змінилася, поняття, сутність і процедури проведення обшуків та виїмок були імплементовані зі Статуту в радянське законодавство. Для проведення обшуку народний слідчий повинен був винести постанову, в якій зазначалася мета, підстави проведення такої дії, обов'язкова присутність понятих і власника приміщення (ст. 126–127) [58, с. 287–289]. Інструкції для народних слідчих 1919 р. та 1921 р. мали на меті тимчасову регламентацію діяльності новостворених правоохоронних органів і не мали у собі змін чи доповнень порівняно зі Статутом 1864 р.

Після досить короткого часу дії Інструкції для народних слідчих 1921 р. був прийнятий перший КПК УРСР 13 вересня 1922 р., у положеннях якого дістав свого розвитку інститут вилучення майна. Вперше зафіксовано певне переосмислення таких слідчих дій, як виїмка й обшук. Так, у ст. 178 КПК УРСР 1922 р. зазначалося, що слідчий, за наявності підстав вважати, що в приміщенні чи в особи знаходяться речі, що мають значення для встановлення обставин, мав право ставити вимогу щодо видачі цієї речі і проводив її виїмку. У разі відмови особи видати цю річ, слідчий проводив примусове вилучення або, за необхідності, обшук. За цим фактом виносилася постанова, а за результатами цих дій складався протокол. У положеннях ст. 179 КПК УРСР 1922 р. вказувалося на обов'язок урядових установ, посадових та приватних осіб, організацій виконувати вимоги слідчого щодо видачі речей, предметів чи документів. Якщо певні речі чи документи містили державну чи військову таємницю, до процедури видачі встановлювалися додаткові гарантії – погодження з прокурором [207].

Отже, можна стверджувати, що з прийняттям КПК УРСР 1922 р. відбулося переосмислення сутності таких засобів вилучення майна як обшук та виїмка. Якщо Статут 1864 р. встановлював, що обшук та виїмка – це єдиний процес, який передбачав пошук (обшук) і вилучення (виїмку) певного майна, то КПК УРСР 1922 р. надавав виїмці окремих елементів самостійної слідчої дії. Обшук регламентувався як можливе продовження виїмки, під час якої слідчий отримав відмову у вимозі видачі майна.

Важливим елементом розвитку інституту вилучення майна є поява норми, що містилася у ст. 185, згідно з якою у разі виявлення під час проведення обшуку речей, що були вилучені з обігу, останні підлягали вилученню незалежно від відношення до справи. Це, безумовно, було нововведенням і мало позитивний вплив на подальші етапи розвитку як кримінального процесу в цілому, так і інституту вилучення майна, оскільки дозволяло правоохоронній системі оперативно реагувати на виявленні правопорушення під час розслідування.

08 червня 1927 р. був прийнятий новий КПК УРСР, який у своїй основі повторював кодекс 1922 р. Однак у ньому відбулися і важливі зміни. Законодавець почав розмежовувати обшук і виїмку. Стаття 173 містила норму, відповідно до якої, коли слідчому стане відомо, що в особи чи установи є речі, що мають значення для розслідування, він мав право їх вилучити. У разі відмови видати необхідні речі слідчий мав право вилучити їх примусово. Якщо слідчий знав місцезнаходження речі, він проводив виїмку, якщо не знав точного місцезнаходження, то проводив обшук, а виявивши під час нього річ і її виїмку [208, с. 146–147].

Серед нововведень і доповнень слід зазначити, що в ст. 178 КПК УРСР 1927 р. встановлювалося право слідчого не тільки відкривати замкненні приміщення у разі відмови власника добровільно їх відкрити (за КПК УРСР 1922 р.), а й відкривати їх за відсутності власника.

Отже, законодавець намагався розмежувати виїмку та обшук. На нашу думку, твердження, що у разі віднайдення під час обшуку речі слідчим проводиться виїмка, вказує на єдність цих дій, перехід однієї в іншу і є

недоліком, який звужував можливості цих слідчих дій. У КПК УРСР 1927 р. не проведено чіткого розмежування між обшуком і виїмкою, хоча і були зроблені вагомі кроки у цьому напрямі.

КПК УРСР 1922 р. та 1927 р. зробили вагомий внесок у розвиток інституту вилучення майна шляхом детальної регламентації обшуку та виїмки як засобів вилучення майна. Деякі науковці стверджують, що суттєвими недоліками таких законів було заперечення ролі суду в прийнятті рішень про проведення обшуку, тобто обмеження права особи без попередньої перевірки [26, с. 16–18].

На нашу думку, не зовсім справедливо вимагати дотримання сьогоденних правових гарантій прав особи від джерел, які склалися у зовсім інших правових і політичних реаліях. Ми вважаємо, що КПК УРСР 1922 р. та 1927 р. були доволі прогресивними у свій час джерелами кримінального процесу і щодо гарантій прав осіб, і щодо суспільної необхідності боротьби зі злочинністю. Інше питання, як ці норми реалізовувалися.

У 1934 р. при НКВС було створено Особливу нараду, яка діяла поза процесуальним порядком і не була пов'язана суворими рамками закону. У цей період стало можливим проведення обшуку без постанов, ордерів та понять [64, с. 89].

Реформа вітчизняного законодавства, розпочата наприкінці 50-х рр. ХХ ст. була спрямована на подолання наслідків культу особи. У 1958 р. «Основами кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік» було встановлено, що обшук може проводитися за постановою органу дізнання або слідчого і тільки з санкції прокурора (ч. 1 ст. 35 Основ). Потрібно було обов'язкова присутність понять. У випадках, що не терплять зволікання, слідчий міг провести обшук без санкції прокурора, але з наступним його повідомленням протягом 24 годин про здійснення слідчої дії (ч. 2 ст. 35 Основ). Законодавча вимога про санкціонування обшуку була помітним кроком у зміцненні законності, ставши певною перепорою від необгрунтованого вторгнення у сферу особистого життя громадян [1, с. 202].

Логічним підсумком реформи стало прийняття 28.12.1960 р. Кримінально-процесуального кодексу РРФСР (далі – КПК РРФСР), який набув чинності

01.04.1961 р., де проведенню обшуку було присвячено кілька статей. КПК РРФСР 1960 р. акумулював регламентацію обшуку, виїмки і накладення арешту на майно в одній главі.

Вперше більш чітко розмежування обшуку і виїмки як самостійних слідчих дій було виражено в КПК РРФСР 1961 р. [11], який встановив, що обшук проводиться лише за постановою слідчого і з санкції прокурора в присутності понятих і особи, в якій проводиться обшук. Обшук житла чи іншого володіння особи, за винятком невідкладних випадків, проводиться лише за вмотивованою постановою судді (ст. 168, 169 КПК РРФСР). Ретельно були розроблені вимоги до протоколу обшуку або виїмки, накладення арешту на майно. З цього моменту і протягом більш ніж сорока років дії КПК РРФСР процесуальна регламентація обшуку в основних своїх рисах до кардинальних змін не вдавалася [1, с. 202].

28.06.1996 р. було прийнято першу в українській історії Конституцію незалежної держави України, в якій дістали закріплення принципи недоторканності особи, приватного життя та житла. (ст. 29, 30, 32). Отже, зміни, пов'язані з прийняттям Конституції України вимагали змін і в кримінальному процесуальному законодавстві [91].

Обшук є самостійною слідчою дією. За віхами історії можна помітити, що для його самостійної регламентації та закріплення знадобилося не одне сторіччя. Важливим етапом його розвитку стало прийняття 13.04.2012 р. КПК України [97].

Отже, розглянувши історичний розвиток інституту обшуку у кримінальному процесі, можна виокремити основні етапи його становлення:

1. Період князювання Олега (882 – 912рр.) – окремі аспекти обшуку.
2. Правління великого князя Московського Івана III (1462–1505 рр.) – Статутна Білозерська грамота – 1488 р.; Судебник 1497 р.
3. Правління Івана IV Грозного (1530–1584 рр.) – Судебник 1550 р.; Статутна книга розбійного наказу – 1555 р.
4. Правління Олексія I Михайловича Романова (1645–1676 рр.) – «Соборне укладення» або «Соборне уложення» 1649 р.;

5. Період судової реформи 1864 р. в Російській імперії – Статут кримінального судочинства 1864 р.;
6. Період Жовтневої революції – Декрет РНК РРФСР від 24.11.1917 р. «Про суд».
7. Період кінця XIX – початку XX ст. – КПК РРФСР 1922–1923 рр., 1960 р.
8. Чинне законодавство – КПК України 2012 р.

Проаналізувавши історичні аспекти розвитку інституту обшуку, слід зазначити, що даний інститут, на сьогодні закладений у норми чинного кримінального процесуального закону, має схожі елементи (участь понять, проведення обшуку в денний час, пошук об'єктів, види обшуку, збір доказів і т.д.). І це, у свою чергу, є позитивним моментом реформування кримінального судочинства в цілому, оскільки становлення будь-якого інституту має враховуватися у період його реформування зі своїми недоліками, позитивними критеріями та реалізацією законодавчих гарантій особи у кримінальному процесі.

1.2. Правова природа, поняття та сутність обшуку як самостійної слідчої (розшукової) дії

Процесуальним засобом пізнавальної діяльності у досудовому провадженні є СРД, які можуть бути гласного або негласного характеру. Тривалий час у науковій літературі точилися дискусії щодо визначення даної наукової категорії. Одні науковці ототожнюють поняття процесуальні і слідчі дії, інші говорять про них у широкому та вузькому розумінні, дорівнюючи в першому до процесуальних дій.

Певним кроком у вирішенні цього питання є визначення СРД у чинному КПК України, під ними розуміють дії, спрямовані на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні (ст. 223). У даному визначенні акцентується увага на те, що ці дії мають пошуково-пізнавальний характер і спрямовані на збирання або перевірку вже зібраних доказів (фактичних даних) у кримінальному провадженні.

В юридичній літературі, в різні часі, питання обшуку житла чи іншого володіння особи у своїх працях розглядали такі вчені-процесуалісти, як: Ю. П. Аленін, Є. М. Блажівський, В. В. Вапнярчук, Ю. М. Грошевий, О. В. Капліна, О. Б. Комарницька, В. Т. Маляренко, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, М. А. Погорецький, Л. Д. Удалова, Ю. М. Чорноус та багато ін.

Так, на думку Ю. М. Чорноус, слідчі дії є окремим видом процесуальних дій, що проводяться з метою збирання, дослідження, оцінки й використання доказів уповноваженими службовими особами відповідно до вимог кримінально-процесуального законодавства у процесі розслідування злочинів [240, с. 13].

Ряд авторів слідчу дію визначають як найважливіший елемент процесуальної діяльності слідчого, що має пізнавальну й засвідчуючу сторони, як свого роду детально регламентовані законом процесуальні засоби отримання і перевірки доказів [180, с. 32].

Інші науковці визначають слідчу дію як вид пізнавальної діяльності слідчого та інших уповноважених законом осіб, здійснюваної у стадії досудового розслідування й при розслідуванні за нововиявленими обставинами, відповідно до порядку регламентованих кримінально-процесуальним правом виявлення, дослідження, фіксації та вилучення доказів [25, с. 6-7].

Отже, проаналізувавши думки науковців щодо визначення СРД, слід виокремити декілька точок зору, які ними надаються. Так, деякі науковці вважають СРД частиною процесуальних дій, що спрямовані на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні [214, с. 164; 183, с. 7; 178; 132, с. 210; 43, с. 63–64; 45, с. 287; 194, с. 478].

Інші науковці вважають СРД комплексом пізнавальних і засвідчувальних операцій [25, с. 27; 248, с. 23–24; 119, с. 273-275]. Ми визначили найбільш розповсюджені думки, що розкриваються в юридичній літературі.

Отже, СРД регламентовані нормами глави 20 КПК України названі «розшуковими» через те, що в результаті їх провадження сторони і потерпілий отримують докази, які не можуть бути покладені судом в обґрунтування вироку

чи іншого рішення по суті без їх перевірки під час судового розгляду. Вважаємо правильним твердження Л. М. Лобойка, що за допомогою цих дій слідчий, прокурор здійснює лише пошук даних для надання їх у суді для обґрунтування власної позиції [119, с. 275].

Таким чином, законодавець зробив спробу наблизити СРД як один із основних способів збирання доказів, до процесу доказування у кримінальному провадженні, пов'язавши ці процесуальні категорії одним спільним завданням – отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів.

Проте, як видно, таке визначення поняття СРД не розкриває всю їх багатогранність. Адже слід говорити про уповноважену особу, яка проводить слідчі (розшукові) дії. Крім того, слід звернути увагу на характер СРД. З одного боку – це пізнавальний характер, з іншого – процесуальний, адже йдеться про процедуру проведення такої дії. Не слід забувати і про розшукову спрямованість цієї дії.

Назвавши дії слідчими (розшуковими), законодавець визнав, що неможливо обмежитись лише пізнавальними і процесуальними сторонами характеру цих дій, бо розшукова спрямованість має зовсім не другорядне значення. Адже уповноважена особа, проводячи СРД, насамперед здійснює розшук фактичних даних, що мають значення у конкретному кримінальному провадженні [79, с. 17-19].

При визначенні поняття СРД слід звернути увагу і на існування інших дій слідчого, які не пов'язані з отриманням (збиранням) доказів або перевіркою вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні. Залежно від характеру такі дії слідчого слід називати «процесуальні дії» або «інші дії» слідчого. У юридичній літературі досить чітко проглядається судження, згідно з яким СРД – це система кримінальних процесуальних правил і умов, здійснюваних уповноваженою на те особою з метою виявлення, вилучення, дослідження, фіксації та перевірки доказової інформації [104].

Проаналізувавши вищевикладене, ми хотіли б підтримати тих науковців, які зазначають, що СРД – це регламентовані нормами процесуального права та здійснювані у рамках кримінального провадження уповноваженою на те

особою, а також забезпечувані заходами державного примусу та супроводжувані необхідним документуванням процесуальні дії, що являють собою комплекс пізнавально-засвідчувальних операцій, спрямованих на отримання, дослідження та перевірку доказів. Іншими словами, СРД – це процесуальні дії, здійснювані для одержання доказової інформації, збирання, дослідження та перевірки доказів. Вони мають пізнавальний характер та процесуально-правову природу [117, с. 34].

Розглянувши низку визначень, ми вважаємо, що СРД – це різновид пізнавально-процесуальних дій, здійснюваних уповноваженою на те особою в порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством, який полягає у виявленні, отриманні, збиранні, перевірці та використанні доказів у рамках кримінального процесуального провадження [77, с. 150-153].

Однак варто зазначити, що найдосконаліша у правовому розумінні правова регламентація не в змозі передбачити врегулювання всіх суспільних відносин, які виникають на стадії досудового розслідування чи судового розгляду, що створює передумови для її вдосконалення на підставі з'ясування проблем практики та вивчення міжнародних стандартів. Однією з найскладніших у процесуальному та тактичному розумінні СРД є обшук, законність та порядок, проведення якого найчастіше оскаржується до суду.

Кількість обшуків в Україні за останні роки тільки зростає. Якщо у 2013 р. на всій території держави щоденно проводилося близько 150 обшуків, то в 2016 р. – це число наближається до 200 обшуків у день. Тобто дедалі більше людей безпосередньо стикаються з цією СРД.

Так, статистичні дані щодо проведення обшуків у кримінальному провадженні вказують на їх значимість, що, у свою чергу, викликає ряд проблем щодо їх проведення та наслідків. Так, у 2012 р. кількість клопотань, що надходили до суду щодо проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, становила 2645. Кількість клопотань, що надійшли до суду у 2017 р. вражають. Їх кількість зросла і становить 118 884 клопотання, що в порівнянні у 45 разів більше, ніж у 2012 р. [182].

У пропозиціях до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо запобігання тиску правоохоронних органів на бізнес» зазначено, що у 2014 р. клопотань про проведення обшуків було подано 67 000, у 2015 – 75 100, у 2016 – 94 700, а за перше півріччя 2017 р. – 59 000 [160].

Отже, одним з поширених засобів отримання не просто доказової, а й матеріалізованої інформації під час досудового розслідування при вчиненні кримінального правопорушення або обставин, пов'язаних з розслідуваною подією, є обшук.

Вагомий внесок у розробку наукових основ проведення обшуків належить вченим: Ю. П. Аленіну, О. О. Алексєєву, В. П. Бахіну, Р. С. Белкіну, П. Д. Біленчуку, О. С. Галиці, М. І. Гончаренко, С. Ф. Денисюку, В. С. Кузьмічову, Е. М. Лившицу, Л. М. Лобойко, Є. Д. Лук'янчикову, В. В. Рожновій, Д. О. Савицькому, М. В. Салтевському, А. В. Самодіну, В. М. Тertiшнику, Л. Д. Удаловій, О. Ю. Хабло, В. Ю. Шепітько та іншим.

Інститут обшуку не є новелою кримінального процесуального закону в чинній редакції і мав своє відображення в КПК України у редакції 1960 р., хоча норми чинного кримінального процесуального закону значною мірою вдосконалили цей інститут, більш детально конкретизували підстави, порядок санкціонування та проведення обшуку, вимоги до фіксації його результатів.

Як вдало зазначила голова апеляційного суду Дніпропетровської області Н.М. Деркач, обшук – це один із самостійних і найбільш складних інститутів кримінально-процесуального права, який входить до системи слідчих дій і який пройшов досить тривалий шлях становлення та розвитку, але, як показує КПК України в новій редакції, продовжує поповнюватись новітніми ідеями, підходами, концепціями, вдосконалюватись і розвиватись з урахуванням досвіду міжнародного співтовариства та вітчизняних напрацювань [51, с. 90].

Хочемо зазначити, що як КПК України 1960 р., так і КПК України 2012 р. не містили і не містять визначення терміна «обшук».

Так, у КПК України 1960 р. замість визначення терміна «обшук» 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» (ст. 177).

У КПК України 2012 р. законодавець теж не сформулював поняття обшуку при визначенні основних термінів (ст. 3), а лише зазначив, що обшук проводиться з метою 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 (ст. 234 КПК України).

Доречним є висновок К. Казака, який зазначає, що до чинного КПК України законодавець вніс істотні зміни:

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

- по-друге, ввів можливість проведення обшуку з метою встановлення місцезнаходження розшукуваної особи. Однак, таке посилання є вельми розпливчатим і дає певний ґрунт для «маневрів» у вигляді отримання санкції та проведення обшуку на потрібних адресах під приводом «встановлення місцезнаходження розшукуваної особи». У таких випадках слідчим суддям потрібно особливо ретельно підходити до питання підтвердження підстав для обшуку, змістом підтверджуючих документів;

- по-третє, не регламентував вичерпний перелік місць проведення обшуку та речей, які вилучаються [66].

Незважаючи на те, що поняття «обшук» не розкрито у законі, воно розкривається в юридичній літературі (підручниках, посібниках, статтях тощо), які ми розглянемо нижче. Хоча, на нашу думку, саме у законі мають бути викладені всі ознаки цього питання. Аналіз ст. 234 КПК України не дозволяє стверджувати, що вона повною мірою відповідає висунутим вимогам.

Так, О. В. Капліна вважає, що обшук – це СРД, що являє собою процесуальне примусове обстеження житла чи іншого володіння особи, а також окремих осіб з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, зняття кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте в результаті його вчинення, а також установлення місцезнаходження розшукуваних осіб [67, с. 2].

У науково-практичному коментарі до чинного КПК України поняття обшук трактується як слідча дія, що являє собою процесуальне примусове обстеження приміщень, місцевості, окремих осіб з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, зняття кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте в результаті його вчинення, а також установлення місцезнаходження розшукуваних осіб. Таке визначення підтримують ряд авторів, зокрема В. Я. Тацій, О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль [99].

У літературі до цього часу не склалась стала думка щодо поняття обшуку. Одна група авторів (М. Строгович, М. Жогін, Ф.Фаткулін, М. Дяченко, А. Карєв та ін.), даючи визначення цьому поняттю вирізняють лише дві сторони: мету та пошуковий характер цієї слідчої дії.

М. Дяченко, наприклад, визначає обшук, як «... слідчу дію, спрямовану на відшукання та вилучення зняття злочину, предметів і цінностей, здобутих злочинним шляхом, а також інших предметів і документів, що можуть мати значення для справи. Обшук може проводитись для виявлення розшукуваних осіб, а також трупів» [210].

Інша група авторів (А. Ратінов, В. Колмаков, З. Самошина, А. Дулов, П. Нестеренко та ін.) дають більш повне визначення обшуку, цілком слушно включаючи до нього таку специфічну для цієї слідчої дії рису, як примусовість [162].

У сучасній кримінальній процесуальній науці деякі науковці пропонують таке визначення: обшук – СРД примусового характеру, яка полягає у цілеспрямованому обстеженні приміщень, будівель та ділянок місцевості, що перебувають у власності обшукуваного, його близьких родичів, іншої фізичної

чи юридичної особи, а також обшук особи з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини та вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб [176, с. 72].

Ряд авторів визначають обшук як СРД, що полягає у примусовому обстеженні приміщення, місцевості й окремих осіб з метою 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 [214, с. 176].

О. С. Галиця пропонує своє визначення обшуку. Він вважає, що обшук – це слідча дія, сутність якої полягає у примусовому огляді людей, приміщень, ділянок місцевості та транспортних засобів з метою відшукування та вилучення предметів і документів, що можуть мати значення речових доказів, а також виявлення розшукуваних осіб, тварин і трупів [38, с. 75-77].

К. О. Чаплинський стверджує, що обшук – це слідча дія, змістом якої є примусове обстеження приміщень і споруд, ділянок місцевості, окремих громадян з метою відшукування і вилучення предметів, що мають значення для справи, а також виявлення розшукуваних осіб [237, с. 71].

Доречно зазначає Ю. П. Аленін, що обшук – це слідча дія, спрямована на примусове обстеження особистості, приміщень, споруд, ділянок місцевості, транспортних засобів, що перебувають у віданні обшукуваної особи і членів його сім'ї або організації, для відшукування і вилучення приховуваних об'єктів, що мають значення для справи, а також виявлення розшукуваних осіб або трупа. Обшук може бути зроблений і для розшуку, виявлення та опису майна, цінностей, на які накладено арешт з метою забезпечення цивільного позову або можливої конфіскації майна [5, с. 218].

Інші автори уточнюють це поняття розширенням мети та об'єктів пошуку. Зокрема, В. Г. Гончаренко вважає, що обшук – це слідча дія, змістом якої є примусове обстеження приміщень, споруд, ділянок місцевості та окремих

громадян з метою відшукування і вилучення знарядь злочину, речей і цінностей, які здобуті злочинним шляхом, інших предметів і документів, що мають значення для справи, а також виявлення розшукуваних осіб, трупів і тварин [27].

Слушною є думка В. М. Тертишника, який стверджує, що обшук – це слідча дія, що полягає у примусовому обстеженні приміщень, споруд, ділянок місцевості та інших об'єктів, які перебувають у віданні певних осіб з метою знайдення та вилучення предметів і документів, що можуть мати значення у справі, або знайдення осіб, які розшукуються, проваджуваному за наявності ймовірних даних про те, що вони приховані у певному місці чи в певної особи [195].

Ми підтримуємо думку Л. М. Лобойка, який вважає, що обшук – це СРД, що полягає у примусовому обстеженні житла або іншого володіння особи чи самої особи з метою відшукати й вилучити об'єкти, що мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення [119, с. 291].

Також слід зауважити, що між юристами обговорювалося питання про включення до предмета мети обшуку необхідності у знаходженні тварин (що актуально при розслідуванні злочинів у сільській місцевості). Ми погоджуємося з думкою В. Крупельницького, який зазначає, що п. 7 ч. 2 ст. 234 КПК України передбачає дану особливість у складі коментованих норм, оскільки на тварин поширюється правовий режим речі (ч. 1 ст. 180 ЦК України [110].

Також до предметного складу мети СРД прямо не було віднесено необхідність у знаходженні трупів. Вважаємо, що норми КПК України підлягають деталізації у даному відношенні [80, с. 97-100].

Вважаємо за доцільне сказати, що у кримінально-процесуальній науці РФ під обшуком розуміється слідча дія, яка полягає у примусовому обстеженні приміщень, інших місць або окремих осіб з метою відшукування та вилучення предметів і документів, що можуть мати значення для справи, а також для виявлення розшукуваних осіб або трупів [40]. Хоча норми закону це поняття також, як і в нашій державі, не трактують.

Аналізуючи вищезазначені визначення обшуку, які надають науковці, ми хочемо запропонувати власне визначення цього поняття. Тобто, обшук – це обґрунтована доказами слідча (розшукова) дія, сутність якої полягає у примусовому цілеспрямованому обстеженні окремих громадян, їх одягу та особистих речей, приміщень, різноманітних споруд, житла, робочих місць, транспортних засобів, ділянок місцевості, що знаходяться у віданні обшукуваної особи та членів її сім'ї, або якої-небудь організації, що здійснюється уповноваженою на те особою, з метою виявлення, фіксації та вилучення знарядь злочину, зброї, речей та цінностей, здобутих злочинним шляхом, а також предметів, документів та речових доказів, що мають значення у кримінальному провадженні, та встановлення місцезнаходження розшукуваних злочинців, трупів [78, с. 25-27].

Розкриваючи мету обшуку, ми підтримуємо думку В. М. Тертишника, який вважає, що головна мета обшуку як пошукової дії полягає у виявленні джерел доказової та орієнтуючої інформації [193, с. 31].

На думку А. П. Рижаківа, головна мета обшуку – збирання доказів, а саме: мета обшуку, як одного з передбачених законом слідчих дій, можливого лише після відкриття кримінального провадження, – це збір і фіксація доказів, а також відшукування предметів і цінностей, які можуть бути конфісковані за вироком суду [169, с. 8].

Головна мета обшуку у його визначенні – це виявлення та фіксація 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 (ч. 1 ст. 234 КПК України).

Хочемо наголосити, що така застосовувана термінологія щодо мети обшуку як «виявлення і фіксація відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення» є досить широкою в розумінні і не сприяє досягненню правової визначеності у правозастосуванні та встановленні обґрунтованих меж кримінального провадження. Водночас, законодавець

опосередковано деталізує допустимий предмет пошуку в таких положеннях КПК України.

Також з аналізу судової практики спостерігаються недоліки у роботі слідчих, які звертаються до суду з клопотанням про проведення обшуку. Так, наприклад, слідчий суддя Зарічного районного суду м. Суми відмовив у клопотанні про проведення обшуку, мотивуючи своє рішення тим, що слідчий клопоче про проведення обшуку в особи А. на підставі показів свідка О. Але, на думку слідчого судді, покази даного свідка не дають однозначних відомостей про осіб, які вчиняли злочин, що є предметом даного кримінального провадження. Тобто слідчим не доведено, що мета проведення обшуку відповідає завданням кримінального провадження, у рамках якого здійснюється досудове розслідування та що наявні в житлі речі, де проживає особа А., можуть мати доказове значення у даному провадженні [224].

Якщо говорити про теоретичну сутність категорії «виявлення», потрібно звернути увагу, на те в літературі вона використовується у контексті виконання завдань ОРД. Проте, на нашу думку, – це не зовсім правильно, оскільки «виявлення» не треба зводити лише до безпосереднього викриття ознак кримінального правопорушення, до порушення кримінального провадження у межах оперативного пошуку.

Підтвердженням цього є позиція Р. С. Белкіна, який виокремлює три шляхи виявлення відомостей: під час проведення оперативно-розшукових заходів; безпосередньо громадянами та представниками громадськості, преси тощо (під час проведення контрольних і перевірочних заходів); безпосередньо слідчим або прокурором під час розслідування конкретної справи [17, с. 399].

Змістовно виявлення про обставини вчинення кримінального правопорушення полягає в її отриманні про кримінальну подію і її належну фіксацію у відповідних процесуальних актах. Лише після виявлення, а значить і знаходження ознак такої інформації в подіях соціального середовища, починається його розслідування. Тобто діяльність із розслідування кримінального правопорушення починає реалізовуватись з початку пошуку і

виявлення необхідної інформації, що свідчить про вчинення злочину [234, с. 281–282].

Отже, виявлення відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення є комплексом активних дій компетентних органів, у центрі уваги якого є конкретне явище об'єктивного світу, де ознаки його і характеризують це явище як злочинне. Зміст дій таких органів зводиться до діяльності щодо пошуку та збору, реєстрації інформації про ознаки такого діяння, які, у свою чергу, будуть об'єктивно свідчити про кримінальний характер означеного явища.

Аналізуючи вищенаведені теоретичні позиції зазначених науковців, слід зауважити, що однією із важливих теоретичних складових змісту виявлення відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення є процес фіксації та відповідного процесуального її оформлення, даних, які вказують на можливість того, що кримінальне правопорушення було вчинено. По суті, тут можна говорити про певний етап у діяльності щодо розслідування кримінального правопорушення, де першим є виявлення цієї інформації, а до другої потрібно зарахувати процедуру процесуального закріплення такої отриманої інформації у відповідних документах, реєстрах із подальшою її реалізацією відповідно до вимог кримінального процесуального законодавства.

Отже, викладене вище дає змогу зробити висновок щодо сутності та процесуального змісту «виявлення» відомостей як теоретико-правової категорії кримінального процесу. Так, виявлення відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення – це система специфічних розшукових та процесуальних дій спеціально уповноважених державних органів та посадових осіб із отримання початкової інформації щодо ознак кримінального правопорушення (факту вчинення, предметів, документів, інформації та даних тощо) та її процесуальної реєстрації. Усе це повною мірою відповідає процесуальному змісту та теоретичній сутності процесу.

Отже, доцільно розрізняти два види діяльності, спрямованої на виявлення відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення:

1) пошукову діяльність (діяльність оперативно-розшукових підрозділів та діяльність контролюючих органів);

2) кримінальну процесуальну діяльність (діяльність з перевірки отриманих відомостей та самостійно виявлені слідчим або іншою посадовою особою органу поліції з будь-якого джерела обставин кримінального правопорушення).

Щодо фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, що мають значення при зверненні з клопотанням до слідчого судді, ми розкриємо у цьому підрозділі стисло. Більшу увагу буде приділено даному питанню у підрозділі 3.3, де буде розкрито процесуальне оформлення обшуку у кримінальному процесі.

У юридичній енциклопедії поняття «фіксація» розкрито таким чином: (франц. fixation – закріплення, встановлення, від лат. figere – закріплювати, встановлювати) – діяльність, що полягає у здійсненні встановленої законодавством процедури надання юридичному факту прав, значення [254].

Фіксація доказової інформації, на думку більшості процесуалістів та криміналістів, – це також самостійний етап процесу доказування поряд із виявленням, вилученням, збереженням та оцінкою доказів [186, с. 302; 33, с. 6]. При цьому процесуалістами робиться наголос на процесуальній формі закріплення доказів.

Узагальнюючи юридичну літературу та думки науковців, можна дійти до висновку, що:

- фіксація відомостей – це система певних фізичних дій, а не суто розумова процедура запам'ятовування яких-небудь фактів, явищ, процесів;
- відображення об'єкта фіксації має відбуватися тільки у встановлених процесуальних формах;
- фіксація здійснюється у межах процедури, передбаченої кримінальним процесуальним законом;
- фіксація охоплює дії не тільки з відображення самих фактичних даних, а й дій з їх виявлення, оскільки допустимість доказів залежить від допустимості їх джерел, а також допустимості засобів і способів їх виявлення;

- фіксація передбачає відображення самого процесу засвідчення, тобто його умов, суб'єктів, засобів і способів, що застосовувалися, тощо. Без цього неможливо достатньо повно й об'єктивно оцінити результати фіксації.

Серед основних методів фіксації насамперед слід назвати опис, моделювання, вимірювання, а засобами реалізації цих методів виступають:

- при вербальній формі фіксації – протоколювання, звукозапис, відеозапис;
- при графічній формі фіксації – графічні відображення (схематичні та масштабні плани, креслення, замальовки);
- при предметній формі фіксації – вилучення об'єкта в натурі і його консервація, виготовлення матеріальних моделей (реконструкція), зокрема макетування, копіювання, отримання відбитків, виготовлення зліпків;
- при наглядово-образній формі фіксації – фотографування, кіно- та відеозйомка.

Отже, розглядаючи складову мети обшуку як «виявлення і фіксація відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення», необхідно зазначити, що наведені та обґрунтовані доводи слідчого, прокурора при зверненні з клопотанням про обшук до слідчого судді, усунуть можливість суду відмовляти у проведенні обшуку, що у свою чергу призведе до належного та своєчасного виконання завдань кримінального провадження.

У літературі немає єдиної точки зору щодо цілеспрямованості обшуку, тобто з питання, які предмети і документи підлягають виявленню та вилученню. Якщо З. Самошина й більшість інших авторів вважають, що при обшуці вилученню підлягають знаряддя злочину, цінності, здобуті злочинним шляхом, та інші предмети і документи, що можуть мати значення у кримінальному провадженні, то А. Ратінов, Д. Карєв, А. Дулов, П. Нестеренко зазначають, що вилученню підлягають предмети і документи, які мають відношення до справи. Крім того, Д. Карєв підкреслює, що під час обшуку підлягають відшукуванню і вилученню приховані предмети і документи [162, с. 182]. Цієї самої точки зору дотримуються М. С. Строгович та деякі інші автори [187, с. 117].

На думку С. П. Митричева, їх точка зору не є переконливою. Адже під час обшуку не завжди можна точно визначити, чи має виявлений предмет (документ) значення для справи. Остаточню слідчий вирішує це питання дещо пізніше, у процесі розслідування, після детального вивчення вилучених предметів і документів у їх взаємозв'язку, на підставі аналізу всіх матеріалів справи. Це, безперечно, не означає, що в процесі обшуку без дослідження можуть вилучатись будь-які предмети й документи, навіть і тоді, коли нема підстав вважати, що вони можуть мати значення для справи.

Спірною думка є також, що при обшуку розшукуються лише приховані предмети і документи. Не викликає сумніву, що ті з них, які мають відношення до справи, злочинці приховують. Проте це не означає, що окремі з них не можуть зберігатися зовсім відкрито [134].

Слушною є думка В. І. Фаринника, який наголошує, що попри революційність положень чинного КПК України, практика кримінальних проваджень підтвердила, що застосування його норм ще не досягло належного рівня. Зокрема, це стосується порядку проведення обшуку, коли можуть бути вилучені практично будь-які документи, предмети, не пов'язані з конкретним кримінальним провадженням.

Викладений у ч. 1 ст. 234 КПК України перелік об'єктів є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає. Тому теоретично особам, до яких прийшли з обшуком, має бути легко відстоювати свої права у разі, якщо під час обшуку вилучають предмети і документи, які не є знаряддям кримінального правопорушення, ні майном, здобутим у результаті його вчинення.

Та насправді, на жаль, це не так. Адже прогресивні норми кодексу тлумачаться по-різному. Нерідко у клопотанні підставою для обшуку зазначається необхідність виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення. У разі задоволення такого прохання можна вилучати практично все, а потім уже тривалий час з'ясовувати, чи мають вилучені предмети та документи відношення до кримінального правопорушення.

Також В. І. Фаринник стверджує, що практика та спілкування з колегами свідчать, що обшук використовується для психологічного тиску на осіб, які володіють чи розпоряджаються майном, яке перебуває у місці проведення обшуку. При цьому зовсім не обов'язково, щоб ці особи мали безпосередню причетність до кримінального правопорушення. Обшук можна організувати в «необхідному місці» під тим самим приводом виявлення та фіксації [230].

Більшість процесуалістів слушно відносять обшук до категорії невідкладних слідчих дій. З такою позицією можна погодитись, адже у багатьох випадках обшук повинен проводитися відразу, як тільки в ньому виникає необхідність, щоб не дати можливості зацікавленим особам заховати або знищити сліди правопорушення. Проте і невідкладний обшук можливий лише після відкриття кримінального провадження як правило, у денний час, в осіб, у яких можливе виявлення розшукуваного майна, що є найважливішим засобом забезпечення повернення власникам цінностей, відчужених у результаті злочину. У свою чергу, зволікання з проведенням обшуку може негативно відобразитися не тільки на розшуку викраденого майна, а й на встановленні джерел компенсації, а отже, на виконанні завдань кримінального правопорушення.

Окремі юристи, аналізуючи сутність обшуку, підкреслюють, що він спрямований на виявлення і вилучення приховуваних об'єктів. Ця точка зору видається нам не зовсім обґрунтованою. Розшукувані об'єкти можуть взагалі не ховатися із-за того, що обшукуваний не розуміє їх доказового значення або спеціально розташовуються на видному місці з розрахунку на те, що вони не викличуть у зайнятого пошуками слідчого підозри.

Так, наприклад, підозрюваний Ю., припускаючи, що в його квартирі буде проведено обшук, знищив компрометуючі його документи, заховав їх в інших місцях цінності, нажиті злочинним шляхом. Однак слідчий зосередився на пошуку і вилучення старого одягу, взуття і тому подібних предметів, що не мають, на думку Ю., значення для викриття його у злочинах. Завдяки проведеній за вилученими під час обшуку предметів товарознавчої експертизи вдалося встановити, що первісна сукупна вартість «ганчір'я» у кілька разів

перевищує легальні матеріальні можливості Ю. на придбання подібних речей (кримінальне провадження № 752/11256/15).

Доречним є визначення особливостей, що має обшук.

Так, першою особливістю є належність об'єктів пошуку певним особам. У процесі обшуку обстежуються приміщення, ділянки місцевості та інші об'єкти, які не є місцем події, але знаходяться у віданні певної особи; другою – конкретизованість об'єктів пошуку. Пошуковий характер обшуку полягає у тому, що насамперед ця СРД спрямована на відшукування матеріалізованої інформації, яка стосується події злочину та має значення для швидкого, повного та неупередженого розслідування; по третє – примусовий характер обстеження. Примусовий характер здійснення пошукових дій під час проведення обшуку неминуче зумовлює вторгнення до сфери особистих інтересів особи, яка обшукується, або інших осіб, що також є однією із характерних рис обшуку. Проведення обшуку пов'язане з певними обмеженнями конституційних прав громадян на недоторканність особи та житла і тому потребує суворого дотримання регламентованого законом порядку проведення цієї СРД. Елемент примусу під час обшуку передбачає, що обстеження приміщень чи інших об'єктів може бути здійснено без згоди особи, у розпорядженні якої ці об'єкти перебувають. Слідчий має право розкривати замкнені приміщення і сховища, якщо володілець відмовляється їх відкрити.

Окреслюючи завдання обшуку, доцільним є виклад С. Ф. Денисюка, який визначав, що:

1) відшукування і вилучення предметів, що мають доказове значення, якими є: а) знаряддя й засоби злочину (зброя, знаряддя злому, пристосування для тілесних ушкоджень тощо); б) об'єкти злочинних дій (викрадене майно, гроші та інші цінності); в) предмети зі слідами злочину або пристосування, використовувані для його приховування (одяг зі слідами крові, обладнання схованки тощо); г) трупи розшукуваних осіб; г) майно, гроші, інші цінності, нажиті злочинним шляхом; д) інші предмети і документи, які можуть мати значення для справи (листи, різні записи, фотознімки тощо);

2) виявлення розшукуваних осіб, зокрема дезертирів, а також матеріалів, що характеризують їх особу та полегшують розшук; 3) відшукування майна, яким можна забезпечити відшкодування матеріальної шкоди та можливу конфіскацію. Відшукуються не лише власне цінності, а й матеріали, які вказують на місця їх зберігання: листування і записи про знаходження майна у родичів і знайомих, квитанції ломбардів тощо, а також предмети, що підтверджують наявність у цієї особи розшукуваного майна (товарні ярлики, фабричні паспорти, деталі шуканого приладу тощо) [50, с. 62-63].

За загальним правилом обшук проводять на підставі ухвали слідчого судді. Водночас у невідкладних випадках закон передбачає можливість слідчого, прокурора до постановлення ухвали слідчого судді увійти до житла чи іншого володіння особи. Ці випадки пов'язані із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину (ч. 3 ст. 233 КПК України).

У розрізі даного питання цікавим є дослідження практики зарубіжних країн щодо закріплення у законодавстві поняття обшуку та порядку його проведення.

Так, слід зазначити, що кримінально-процесуальні кодекси незалежних держав, які утворилися після розпаду СРСР, зберегли у собі риси радянського кримінального процесу. Це свідчить про складність демократичних перетворень у цих державах, неготовність суспільства повністю довіряти органам кримінального переслідування [23].

Найбільш прогресивними у цьому відношенні виявилися Грузія та країни Прибалтики (Латвія, Литва, Естонія), в яких, наприклад, обов'язкова участь понятих обмежена лише випадками проведення обшуку житла або інших процесуальних дій, пов'язаних із примусом.

У КПК Грузії не сформульовано визначення обшуку, але зазначено, що при наявності обґрунтованої підозри обшук проводиться з метою виявлення та вилучення предметів, документів, речей та інших об'єктів, зберігають інформацію і мають значення для кримінальної справи. Також обшук може бути проведений з метою виявлення розшукуваної особи чи трупа [130, с. 48].

В. І. Радченко зазначає, що відповідно до коментарів у кримінально-процесуальному кодексі РФ, що обшук - це процесуальний примусовий пошук, здійснюваний в певному місці, що перебуває у законному володінні певної особи, з метою виявлення, вилучення та фіксації предметів і документів, які можуть мати значення для справи, а також розшукуваних осіб і трупів (ст.ст. 182, 184 КПК РФ). Обшук є розшуковою слідчою дією. Іншими словами, за кримінально-процесуальним законодавством РФ обшук – це слідча дія, спрямована на примусове обстеження ділянок місцевості, приміщень, тіла людини, її одягу та особистих речей, здійснюване у рамках кримінально-процесуального закону уповноваженою на те особою при дотриманні гарантій прав і законних інтересів громадян та юридичних осіб з метою пошуку (виявлення) та вилучення (затримання) конкретних джерел доказової інформації (матеріальних об'єктів), які можуть мати значення для справи. Обшук під час розслідування може проводитись і тоді, коли об'єктом пошуку є розшукувана особа, труп або його частини.

У результаті обшуку можуть бути виявлені і вилучені лише упредметнені об'єкти – знаряддя злочину, предмети, документи, інші носії інформації (комп'ютерні диски, аудіо-, відеозапису та ін.) і цінності. Специфічними об'єктами пошуку при обшуку є знаряддя злочину, предмети, документи та цінності [88; 206].

Мета обшуку як одного з передбачених законом слідчих дій, можливого лише після порушення кримінальної справи, – збір і фіксація доказів, а також відшукування предметів і цінностей, які можуть бути конфісковані за вироком суду. Проведення обшуку до порушення кримінальної справи суперечить ч. 2 ст. 50 Конституції РФ – «при здійсненні правосуддя не допускається використання доказів, отриманих з порушенням федерального закону», тому Верховний Суд РФ це розцінює як порушення кримінально-процесуального закону, що викликає втрату доказового значення отриманих даних.

Примусовий характер пошукових дій і неминуче у зв'язку з цим вторгнення у сферу особистих інтересів обшукуваного, а в окремих випадках й

інших осіб, складають одну з характерних рис обшуку, що дозволяє відмежовувати його від інших слідчих дій [96].

Кримінально-процесуальний кодекс Республіки Білорусь (далі – КПК РБ), норми якого узгоджені з Конституцією Республіки Білорусь (далі – Конституція РБ) відображають сучасні соціально-економічні та суспільні відносини, а також досягнення теорії і практики органів, що здійснюють кримінальне переслідування. В основу нового КПК РБ покладено принцип захисту конституційних прав особистості, що є знаменням часу, оскільки не можна вирішити проблему зростання злочинності за рахунок обмеження процесуальних прав підозрюваних та обвинувачених.

У кримінально-процесуальному законодавстві РБ обшук – це слідча дія, що складається у примусовому знаходженні і вилученні предметів та інших об'єктів, що мають значення для кримінальної справи. КПК РБ показав, що хоча чинний законодавчий акт гуманніше попередніх, проте у практичній діяльності правоохоронних органів виникають деякі питання, і насамперед у проведенні такої слідчої дій, як обшук. Справа в тому, що саме при їх здійсненні найчастіше допускаються порушення конституційних прав громадян [203].

Між тим, поняття обшуку наукою кримінального процесу Білорусії та Росії, на відміну від США, визначено.

Так, Верховний суд США взагалі диференційовано підходить до самого визначення поняття обшуку. Четверта поправка до Конституції США встановила, що право народу на охорону особи, житла, паперів та майна від необґрунтованих обшуків та арештів не повинно порушуватись, і жоден ордер не повинен видаватися інакше, як при наявності достатньої підстави, підтвердженої присягою або урочистою заявою; при цьому ордер повинен містити детальний опис місця, яке підлягає обшуку, осіб або предметів, що підлягають арешту. Отже, за законодавством США обшук – це слідча (розшукова) дія, метою якої є 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 у межах території, що знаходиться у сфері охоронюваних конституцією інтересів особи [129].

У Кримінально-процесуальному Кодексі ФРН зазначено, що обшук у підозрюваного, хто в якості злочинця або співника підозрюється у злочині або пособництві, ухиленні від покарання або приховуванні майна, завідомо здобутого злочинним шляхом, обшук житлового та інших приміщень, а також особистий огляд і обшук належних йому речей може бути проведений як з метою його затримання, так і в тому випадку, якщо слід припускати, що обшук призведе до виявлення доказів. В інших осіб обшуки допустимі тільки з метою затримання обвинуваченого або з метою встановлення слідів злочину, або з метою конфіскації певних предметів і лише у випадку, якщо є факти, що дозволяють зробити висновок, що розшукувана особа, слід або предмет знаходяться у приміщеннях, де слід зробити обшук. З метою затримання обвинуваченого, підозрюваного у вчиненні злочину, обшук житлових або інших приміщень є допустим також у разі, якщо вони знаходяться в будівлі, відносно якого на основі фактів слід припускати, що в ньому знаходиться обвинувачений [167, с. 48].

Згідно зі ст. 57 та 96 КПК Франції, обшук житла здійснюється у присутності особи, яка там проживає. Якщо це неможливо, посадова особа судової поліції пропонує обшукуваному запросити понятого на своїй розсуд, а за відсутності такого посадова особа сама обирає двох понятих, за винятком осіб, які перебувають у її підпорядкуванні [209, 45–46].

Аналізуючи загалом поняття, значення, ознаки та завдання обшуку, 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, що на даному етапі також не реалізоване. Крім того, відсутність єдиного науково обґрунтованого поняття, закріпленого в КПК України, породжує у судово-слідчій практиці різночитання і, як наслідок, порушення прав людини.

Як бачимо, на сучасному етапі розвитку суспільства виникла необхідність детальної регламентації даної СРД. Це необхідно, насамперед, для того, щоб

забезпечити дотримання конституційних прав громадян «та затвердити тим у нашого народу повагу до закону, без якого неможливий суспільний добробут» [232].

Підсумовуючи вищесказане, можна стверджувати, що демократичні країни, в яких сформовано правову державу, а суспільство має високий рівень правосвідомості та правової культури, характеризуються довірою до правоохоронних органів. Для України, яка проголосила курс на європейську інтеграцію, такий позитивний досвід повинен стати орієнтиром для реформування кримінального судочинства відповідно до міжнародних стандартів.

1.3. Кримінальні процесуальні підстави та умови проведення обшуку

Інститут обшуку в нормах чинного кримінального процесуального закону значною мірою отримав свій розвиток, оскільки більш детально визначені підстави проведення обшуку, порядок виконання ухвали слідчого судді щодо процедури проведення обшуку із зазначенням вичерпного кола суб'єктів його проведення, обов'язок вжити належних заходів для забезпечення присутності осіб, права і законні інтереси, яких можуть бути обмежені або порушені тощо.

У чинному КПК України не визначаються процесуальні підстави проведення всіх передбачених законодавством видів СРД, а лише зазначені деякі з них, що призводить до необхідності їх визначення та більш глибокого аналізу. Питання підстав проведення СРД у різний час розглядали у своїх працях Ю. П. Алєнін, В. В. Вапнярчук, Ю. М. Грошевий, О. В. Капліна, В. П. Колмаков, В. С. Кузьмічов, П. А. Лупінська, Л. Д. Удалова, В. М. Хотенець, Ю. М. Чорноус, С. А. Шейфер та інші науковці. Проте численні дослідження цього складного та дискусійного питання не призвели до формування єдиної точки зору. [55].

Отже, визначення підстав проведення різних видів СРД у кримінальному провадженні потребує своєї подальшої розробки.

З точки зору Ю. М. Грошевого та В. М. Хотенця кримінальну процесуальну характеристику СРД, слід розглядати відповідно до кримінальних процесуальних підстав, змісту дії, порядку фіксації ходу та отриманих результатів [102, с. 213].

У свою чергу, В. С. Кузьмічов та Ю. М. Чорноус вважають СРД складним і багатоаспектним правовим явищем, що складається із кримінального процесуального, морально-етичного, психологічного та організаційно-тактичного аспектів, що забезпечує цілісне та узгоджене провадження СРД. При цьому кримінально-процесуальний аспект СРД визначає правові підстави застосування, регламентує порядок провадження, фіксації та використання отриманих результатів для встановлення істини у кримінальному провадженні [113, с. 240-241].

Прийняття рішення про проведення тієї чи іншої СРД зумовлене можливістю максимально швидко та повно вирішувати завдання, поставлені перед органами досудового розслідування. Основою такого процесуального рішення, як вважають В. Д. Берназ та С. М. Смоков, є законність та доцільність запланованих дій: потребує чи припускає закон таке рішення (і дії, що впливають з нього), чи обґрунтоване прийняте рішення, чи не будуть при його реалізації порушені права учасників кримінального провадження [20, с. 89].

Першою загальною вимогою до проведення СРД закон визначає підстави для її проведення. СРД повинна проводитися тільки за наявності для того законних підстав. Згідно з ч. 2 ст. 223 КПК України підставами для проведення СРД є наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість досягнення її мети. З цієї норми кримінального процесуального закону походить, що для проведення СРД необхідними насамперед є фактичні складові – «наявність достатніх відомостей» та «можливість досягнення мети» СРД. Проте при цьому слід звернути увагу, що йдеться про наявність лише фактичних підстав до проведення СРД. Досить часто виникають ситуації, коли для проведення тієї чи іншої СРД необхідні не лише фактичні, й юридичні (правові) підстави. І законом вони врегульовані при визначенні процесуального порядку проведення тієї чи іншої СРД [104, с. 226].

У великому тлумачному словнику сучасної української мови під поняттям “підстава” розуміють те головне, на чому базується, ґрунтується що-небудь [30].

Формулюючи поняття підстави, законодавець допускає, що основою для їх прийняття можуть бути не лише докази, а й дані, отримані з інших джерел. Враховуючи викладене, вище вважаємо, що така позиція є найбільш прийнятною, а тому визначення належних підстав для проведення СРД гарантує ефективність правозастосовної діяльності. Проведення СРД, розпочатої без належної на те підстави, спричиняє визнання доказів, які були отримані в результаті її проведення, такими, що отримані з порушенням порядку, встановленого кримінальним процесуальним законодавством, тобто незаконним шляхом [157].

Підстава має визначальне значення для забезпечення законності провадження СРД, оскільки є однією з передбачених законом передумов прийняття рішення про її проведення.

Трапляються досить дискусійні висловлювання щодо сутності, видів та правової природи підстав для проведення СРД. Теоретична невизначеність у цьому питанні призводить до неоднозначного використання терміна «підстава» у кримінальному процесуальному законі.

Формулюючи підстави для проведення СРД, В. С. Зеленецький стверджує, що підставою для прийняття рішення у всіх випадках є те, на чому воно ґрунтується, що складає його основу [57, с. 74].

На думку С. А. Шейфера, підставами для СРД є достатні дані, які визнаються законом допустимими і свідчать про можливість одержання необхідної для справи інформації [246, с. 114]. Іншими словами, це конкретні відомості про можливість одержання доказів зі слідів певного виду [247, с. 60-61]. Які «дані» маються на увазі, вчений не розкриває.

Зважаючи на зазначені погляди щодо необхідності нормативного обмеження суб'єктивізму у прийнятті рішень про проведення СРД і суворий процесуальний правовий характер відносин між слідчим і носієм інформації у

процесі збирання доказів, можна припустити, що під достатніми даними автор розуміє саме докази у тому значенні, яке їм надавалось у КПК України.

Інші вчені, зокрема Ю. Н. Білозеров та В. В. Рябоконь прямо стверджують, що саме докази повинні використовуватись як підстави для прийняття рішення про проведення тієї чи іншої СРД. Відомості, отримані непроцесуальними засобами, на їх думку, не можуть визнаватися підставами для їх проведення [19, с. 3].

Оригінальне визначення підстави для проведення СРД пропонує А. П. Черненко, який стверджує, що це є версія про наявність чи відсутність обставин, які підлягають встановленню, та/чи наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість отримати нові і/або перевірити наявні докази у кримінальному провадженні [239, с. 150].

Але, на нашу думку, це визначення є не досить досконалим, оскільки потребує уточнення. Наприклад, що розуміти під версіями і яким чином їх оформлювати у кримінальному провадженні. Також не зрозумілим і виглядає досить запутане використання словосполучень «та/чи», «і/або», що дає можливість виникнення суперечностей на практиці.

М. А. Погорецький зазначає, що «для початку будь-якої діяльності, у тому числі й для проведення СРД, необхідний зовнішній чинник, що дає спонукальний поштовх до настання певних подій». Так, на його думку, є привід для проведення СРД, що полягає у наданні органам розслідування матеріалів оперативно-розшуковим підрозділом або витребовування їх цим органом із підрозділу. Автор стверджує, що таке витребовування має правове значення лише у сукупності з підставами, що є в цих матеріалах, як передбаченими законом умовами, що дають можливість прийняти рішення про їх проведення [147, с. 399].

М. А. Погорецький вирізняє такі сутнісні ознаки підстав для проведення СРД: отримання їх уповноваженою особою у закріпленій законом спосіб, визначеність кримінально-процесуальним законом, придатність до формування внутрішнього переконання уповноваженої особи щодо необхідності проведення СРД, єдність юридичних і фактичних аспектів підстав [147, с. 399].

Проаналізувавши вищевикладене, вважаємо за необхідне викласти власне поняття підстав СРД, під яким пропонуємо розуміти наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість отримати нові або перевірити наявні докази у кримінальному провадженні, з метою отримання інших необхідних доказів для реалізації завдань кримінального провадження.

У науці кримінального процесуального права всі підстави проведення СРД, як правило, умовно поділяють на юридичні (формально-правові) та фактичні, а розбіжності, що виникають, стосуються, здебільшого, їхнього змісту [248, с. 18; 146, с. 50; 70, с. 301-302; 212, с. 49].

Так, юридична (правова) підстава – це сукупність передбачених кримінально-процесуальним законом умов, що дають право слідчому, прокурору, суду проводити ту або іншу СРД. Такої думки дотримуються ряд науковців, зокрема Є. Г. Коваленко, Л. Д. Удалова, В. Т. Маляренко, Ю. М. Грошевий, В. М. Хотенець та інші [70, с. 301; 212, с. 49; 103, с. 11].

Водночас у літературі існують ще й інші тлумачення правових підстав для провадження СРД. Так, наприклад, А. П. Черненко розуміє їх як відповідні правові норми, якими передбачені обставини, з настанням яких починають діяти ці норми [239, с.148].

До юридичних (правових) підстав відносяться:

- 1) відповідні правові норми, що регламентують проведення СРД;
- 2) наявність у суб'єкта кримінального процесу повноважень на здійснення кримінального провадження як у цілому, так і в частині СРД [248, с. 20-22; 247, с. 104-105];
- 3) процесуальний документ, в якому зафіксоване рішення про проведення СРД [70, с. 49].

У цілому, під юридичними підставами маються на увазі підстави, пов'язані із законодавством, правовими нормами і їх практичним застосуванням [30].

На думку О. В. Зарубенко, правові підстави проведення СРД це сукупність передбачених кримінальним процесуальним законом умов, що надають слідчому право проводити СРД з метою одержання інформації, що має

значення для встановлення об'єктивної істини у кримінальному провадженні [56, с. 333].

Деякі науковці стверджують, що юридичні (правові) підстави – це положення, відповідно до яких у законі міститься вказівка на те, що слідчий має право проводити певні СРД та наявність відповідної постанови, а у випадках, прямо передбачених законом, ще й наявність постанови, згоди прокурора або ухвали слідчого судді.

Певні СРД, наприклад, обшук, мають примусовий характер, та й інші дії прямо чи непрямо стосуються певних прав та законних інтересів, а тому неодмінною вимогою, що висувається до будь-якої СРД, є наявність для того достатніх фактичних підстав.

Фактичні підстави – це фактичні дані, що є у розпорядженні слідчого, які дозволяють дійти висновку щодо необхідності виконання в інтересах розслідування конкретної СРД. Ці дані не завжди повинні мати характер доказу, вони можуть бути отримані із непроцесуальних джерел. Наприклад, обшук – виходячи з отриманих оперативним шляхом відомостей про наявність знарядь кримінального правопорушення у певній квартирі, будинку чи іншому володінні особи [98].

В. Т. Бусел тлумачить фактичні підстави як такі, що відповідають фактам, дійсності [30].

Існує думка, що фактична підстава – це наявність достатніх відомостей, що диктують слідчому, прокурору, суду необхідність виконання конкретних дій в інтересах встановлення істини у справі [117].

Розглядаючи поняття фактичних підстав, варто також зазначити, що наявність таких підстав для проведення конкретної СРД дає нам право стверджувати про можливість досягнення мети її проведення. Хоча, звичайно, сама наявність фактичних підстав не буде виступати достатньою гарантією отримання бажаних результатів і, таким чином, досягнення мети СРД. Проти деякі процесуалісти, зокрема Л. Д. Удалова, В. В. Рожнова, Д. О. Савицький, О. Ю. Хабло, надають саме таке визначення, що фактична підстава – наявність

достатніх відомостей, які вказують на можливість досягнення мети СРД [214, с. 168].

С. А. Шейфер зазначає, що фактичні підстави проведення СРД – це дані, які вказують на можливість вилучення шуканої інформації з передбачених законом джерел. Автор опирається на три необхідних елементи, які складають фактичні підстави проведення СРД:

а) джерела, з яких слідчий може отримати доказову інформацію (приміщення, ділянки місцевості, які знаходяться у розпорядженні певних осіб, окрема фізична особа);

б) мета (наприклад, для обшуку – це відшукування і вилучення документів, речових доказів чи трупів);

в) об'єм фактичних даних, необхідних для висновку про те, що в джерелах дійсно міститься інформація, яка шукається («достатні підстави вважати») [247, с. 106-107].

Проблема розмежування фактичних та правових підстав для провадження СРД має важливе практичне значення. Як одні, так і інші покликані запобігти необґрунтованому втручанню органів досудового розслідування в особисте життя громадян. Проте нерозуміння практичними працівниками різниці між цими підставами призводить до того, що СРД проводяться за наявності лише правових, тобто без достатніх фактичних підстав, тому, як наслідок, виявляються неефективними.

Проведене нами анкетування надало можливість визначити практичність проблеми щодо розмежування фактичних і юридичних підстав. Так, 41 % слідчих зіслались вказали на те, що не знають чіткого розмежування даних термінів, 27% відмовились від даної відповіді. 24% респондентів зазначили, що при складанні клопотання про проведення обшуку зазначає лише деякі фактичні підстави.

При вивченні 110 кримінальних проваджень, з'ясовано, що лише у 19% з них виявлено посилення слідчого на юридичні та фактичні підстави, у 8% – посилення тільки на фактичні обставини, в 11% – лише правові підстави.

Оскільки обшук може порушувати законні права та інтереси громадян, законодавець визначає підстави та умови, за яких проведення даної СРД вважається можливим, допустимим і правомірним.

Особливої актуальності ця тема набуває в умовах розширення демократичних прав та свобод людини, забезпечення як особистої недоторканності, так і недоторканності житла чи іншого володіння особи.

При проведенні такої СРД як обшук, право особи на недоторканність серйозно обмежується, обшук може бути проведений тільки при наявності в матеріалах достатньої кількості фактичних і процесуальних підстав, передбачених у ст. 223 КПК України.

Так, у ч. 2 ст. 234 КПК України зазначено, що обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді місцевого загального суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування.

Вважаємо за доцільне проаналізувати думки науковців з приводу визначення підстав проведення обшуку.

Деякі науковці вважають, що обшук проводиться, коли є достатні підстави стверджувати, що знаряддя кримінального правопорушення або майно (речі й цінності), здобуте у результаті його вчинення, а також інші предмети і документи, що мають значення для розкриття правопорушення чи забезпечення цивільного позову, відомості про обставини вчинення кримінального правопорушення знаходяться у певному приміщенні або місці чи в будь-якої особи. Обшук проводиться також і в тому випадку, коли є достатні дані про те, що у певному приміщенні або місці знаходяться розшукувані особи, трупи чи тварини [99].

На думку О. В. Зарубенко, підставою для проведення обшуку є обґрунтоване припущення про те, що у визначених місцях, під час його проведення, можуть бути виявлені сліди злочину або встановлені обставини, що мають значення для з'ясування обстановки події і правильного вирішення справи [56].

Р. С. Белкін під підставою для прийняття рішення про обшук розуміє будь-які дані, отримані з будь-якого джерела. Достовірність цих даних оцінює

слідчий або особа, яка провадить дізнання, виходячи з обставин справи і слідчої ситуації. Визнання їх достатніми (згідно з формулюванням закону) – результат такої оцінки і вираження внутрішнього переконання слідчого [18, с. 114].

Д. І. Бедняков зазначав, що при прийнятті рішення про проведення обшуку слід враховувати процесуальний статус особи, в якій проводиться обшук. Так, рішення про проведення обшуку в обвинуваченого чи підозрюваного може бути прийнято при обґрунтованому припущенні, що в його житлі чи іншому володінні можуть знаходитись предмети і документи, які мають значення для справи, цінності, здобуті злочинним шляхом та інше [15].

У науковій літературі підстави обшуку, аналогічно до підстав СРД, поділяють на фактичні та процесуальні.

До фактичних підстав обшуку А. А. Закатов та А. Е. Ямпольський відносять дані, що містяться в матеріалах кримінального провадження, а також отримані з оперативних джерел та підтверджені процесуальним шляхом. Зокрема, це можуть бути відомості, що відображені у протоколах СРД [54, с. 5-6].

В. М. Тертишник дає своє визначення: фактична підстава обшуку – це фактичні дані (відомості), що вказують на приховання у певному місці або приміщенні предметів та документів, що мають значення у справі. Ці дані можуть бути отримані: під час допитів, огляду місця події або при здійсненні інших слідчих і процесуальних дій; у процесі проведення оперативно-розшукових або адміністративно-процесуальних дій, що виконуються органами дізнання [196, с. 12].

Л. М. Лобойко досить чітко розкриває сутність поняття «фактична підстава». Це наявність достатніх підстав вважати, що знаряддя кримінального правопорушення, майно, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також предмети і документи, які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення, знаходяться у житлі (іншому володінні особи) чи в якої-небудь особи, коли є достатні дані про те, що в певному житлі (іншому володінні особи) перебувають розшукувані особи, а також трупи чи тварини [119, с. 292].

Такі дані можуть бути одержані кримінальним процесуальним шляхом і міститися в матеріалах кримінального провадження (у показаннях та інших повідомленнях громадян і посадових осіб, заявах, поясненнях, рапортах), у протоколах слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) дій та ін. Ці дані також можуть бути отримані оперативно-розшуковим шляхом. Важливим є те, що докази, на підставі яких виносяться клопотання про проведення обшуку, повинні відповідати вимогам допустимості (ст.ст. 86-88 КПК України).

Також фактичною підставою для проведення обшуку є наявність 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 [99].

Слушним щодо підстав проведення обшуку є визначення, яке наводять П.Д. Біленчук і А.П. Гель: «Обшук - це обґрунтована доказами, що є в справі, слідча дія, сутність якої полягає у примусовому обслідуванні приміщень, ділянок, місцевості, інших об'єктів та окремих громадян, з метою вилучення і визначення знарядь злочину, речей та цінностей, здобутих злочинним шляхом, а також предметів і документів, які мають значення для встановлення істини у справі. Обшук може бути проведений також для виявлення злочинців, які переховуються [21, с. 54].

Якщо у ст. 234 КПК України підставами для проведення обшуку прямо не визнаються докази, то це не означає, що ними взагалі слід нехтувати. Похідними положеннями для визнання доказів як засад реалізації будь-яких процесуальних рішень у справі є те, що все пізнання під час її розслідування є кримінальним процесуальним пізнанням, доказування. Завдяки йому встановлюються й обставини, що є підставами будь-яких процесуальних рішень

(наприклад, обшуку), «обставини кримінального процесуального характеру» [49, с. 168].

Як для окремої методологічної форми теоретичного пізнання, для кримінального процесуального доказування притаманні: тезис, аргументи та способи демонстрації, за допомогою яких із аргументів виводиться тезис. У структурі кримінального процесуального пізнання підстави для прийняття певного процесуального рішення відіграють роль аргументів, до яких ставляться вимоги інтенсивності. Ознаки допустимості, належності та достовірності доказів як відповідних підстав дають право вважати їх єдиними, відносно істинними аргументами у площині дії норм КПК України.

Проведення обшуку надає змогу виокремити дві протилежні точки зору щодо розкриття їх правової природи. Перша наукова позиція побудована на концепції використання доказів як основних аргументів прийняття таких рішень. Інша наукова новація будується на доктрині «достатня підстава» та визнанні основної ролі суб'єктивного чинника щодо прийняття процесуальних рішень у кримінальному провадженні.

Проти ми вважаємо, що подібне формулювання не розкриває позицію законодавця щодо розуміння «достатніх підстав» і залишає простір для різноманітного їх тлумачення.

На нашу думку, достатні підстави для проведення обшуку – це обов'язкова наявність сукупності фактичних та юридичних підстав. Так, під юридичними підставами ми розуміємо сукупність кримінальних процесуальних умов та норм, що регламентують проведення уповноваженим суб'єктом такої слідчої дії як обшук, що належним чином оформлене спеціально визначеним процесуальним документом (ухвала слідчого судді). Відповідно до фактичних підстав обшуку ми відносимо наявність сукупності достатніх даних, достовірність яких належним чином перевірена та обгрунтована, про те, що знаряддя кримінального правопорушення, майно, яке було здобуте у результаті його вчинення, предмети і документи, які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення, знаходяться в житлі, іншому володінні особи чи в будь-якої особи, або коли є достатні підстави вважати, що

в певному житлі чи іншому володінні особи переховуються розшукувані особи або знаходяться розшукувані трупи чи тварини [74, с. 104-107].

У свою чергу, норми кримінально-процесуального законодавства України, навпаки, у частині, що стосуються правил проникнення до житла чи іншого володіння особи в порядку ст. 233 КПК України, є непередбачуваними і незрозумілими.

Обмеження права на недоторканність житла є темою, що завжди привертала увагу вченої спільноти нашої держави. Науково-практичними діячами, які проводили дослідження з цього приводу, є В.Г. Гончаренко, О.В. Капліна, В.В. Касько, Р.О. Куйбіда, Н.О. Марчук, В.Т. Нор, В.Я. Тацій, М.І. Хавронюк, М.Є. Шумило та інші. Але питання підстав проникнення до житла чи іншого володіння особи дотепер залишається недостатньо опрацьованим.

Якщо брати за основу проникнення до житла чи іншого володіння особи, то зміст ст. 233 КПК України свідчить, що законодавцем визначено такі підстави (передумови) проведення даної СРД: 1) має бути або добровільна згода особи, яка володіє домоволодінням, або ухвала слідчого судді (ч. 1 ст. 233 КПК України); 2) проникнення має стосуватися невідкладного випадку, пов'язаного із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину (ч. 3 ст. 233 КПК України).

При системному та комплексному аналізі наведених підстав, тобто у порівнянні та взаємозв'язку [31, с. 568, 1328] з іншими положеннями цього Кодексу, що є одним із кращих способів встановити гармонічність чинного законодавства, можна дійти висновку, що кожна з наведених передумов для проникнення у житло чи інше володіння особи в порядку ст. 233 КПК України має суттєві суперечності порівняно з іншими вимогами цього Кодексу. Хоча Європейський суд неодноразово наголошував: «що стосується втручання у приватне та сімейне життя, це має спиратися на національний закон. Закон, у свою чергу, повинен відповідати певним вимогам, тобто бути передбачуваним» [8, с. 90].

Зокрема, при обговоренні такої підстави проникнення до житла чи іншого володіння особи як: «або наявність добровільної згоди власника домоволодіння», «або наявність ухвали слідчого судді» (ч. 1 ст. 233 КПК України), одним із дискусійних питань є реалізація зазначених положень у контексті змісту ч. 3 ст. 233 цього Кодексу.

Безпосередньо проблематика полягає у тому, що згідно з висновками відомої дослідниці теорії держави і права О.Ф. Скакун, кожна галузь права, кожна норма права має свій специфічний метод правового регулювання суспільних відносин. Загальновідомими є два види норм права:

– імперативні – норми, що встановлюють у категоричних розпорядженнях держави чітко позначені дії і не допускають ніяких відхилень від вичерпного переліку прав і обов’язків суб’єктів. Інакше: імперативні норми прямо наказують правила поведінки;

– диспозитивні – норми, в яких держава зазначає варіант поведінки, але дозволяє сторонам регульованих відносин самим визначати права й обов’язки в окремих випадках, Інакше: диспозитивні норми надають свободу вибору поведінки [172, с. 277–278].

З урахуванням цього та аналізуючи зміст ч. 1 та ч. 3 ст. 233 КПК України, можна побачити, що:

– положення ч. 1 ст. 233 цього Кодексу надають право суб’єкту розслідування (слідчому, прокурору), у разі проникнення до житла чи іншого володіння особи обрати модель відповідної поведінки, зокрема, «або отримати добровільну згоду власника домоволодіння», або «отримати в подальшому ухвалу слідчого судді»;

– положення ч. 3 ст. 233 цього Кодексу зобов’язують слідчого, прокурора, які ввійшли до житла чи іншого володіння особи до постановлення ухвали слідчого судді у невідкладних випадках, пов’язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, невідкладно після здійснення таких дій звернутися з клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді.

У зв'язку з цим виникає питання: яким має бути алгоритм дій слідчого, прокурора у частині отримання дозволу на проникнення до житла чи іншого володіння особи відповідно до ст. 233 КПК України: «Чи потрібно отримати або згоду власника домоволодіння, або ухвалу слідчого судді після проникнення до житла чи іншого володіння особи?»; «Чи завжди необхідно отримувати ухвалу слідчого судді?».

У правозастосовній діяльності це питання вирішується по-різному. Для прикладу, апеляційний суд Львівської області визнав допустимим протокол огляду домоволодіння, проведений в порядку ст. 233 КПК України, оскільки власник надав згоду на такий огляд [221]. Апеляційний суд Херсонської області за аналогічних підстав визнав неправильними дії суду першої інстанції при визнанні допустимим протоколу огляду житла з дозволу власниці будинку [222].

Дана проблема потребує окремого ретельного дослідження, тому що існуючі суперечності не обмежуються положеннями ст. 233 КПК України. Зазначена норма пов'язана та перебуває у тісному зв'язку зі змістом ст.ст. 13, 234, 237 КПК України, а, як зазначалося, вище для системності та комплексності змін всі взаємопов'язані норми потрібно опрацьовувати у сукупності. Лише таким чином можна досягти гармонізації кримінального процесуального законодавства України, зокрема чіткої відповідності всіх його норм між собою.

Існування таких розбіжностей на законодавчому рівні призводить до неоднозначних роз'яснень у науковому просторі. Наприклад, колектив авторів на чолі з В.Я. Тацієм вважають, що підстави проникнення за ч. 1 та ч. 3 ст. 233 КПК України різняться. Так, ч. 1 ст. 233 цього Кодексу дозволяє проникнути у житло в разі необхідності отримати докази (речі, документи тощо) шляхом проведення таких СРД як: «допит у житлі, слідчий експеримент, освідування особи, обшук, огляд», а ч. 3 ст. 233 КПК України – якщо необхідно врятувати життя людини, її майно, затримати злочинця [100, с. 589–591].

Іншої точки зору притримуються Н.О. Марчук, В.В. Касько, Р.О. Куйбіда, М. І. Хавронюк, оскільки вони вважають, що як ч. 1, так і ч. 3 ст. 233 КПК

України мають єдині підстави проникнення до домоволодіння особи, насамперед необхідність отримати докази [128, с. 119].

До речі, зазначеної точки зору дотримується й О.В. Капліна, оскільки положення ст. 233 КПК України нею також пов'язане з необхідністю отримати докази у справі [67, с. 16].

У свою чергу В.Г. Гончаренко, В.Т. Нор, М.Є. Шумило стверджують, що підставами проникнення до житла чи іншого володіння особи в порядку ст. 233 КПК України є: «невідкладний випадок, пов'язаний з урятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину» [101, с. 516–517].

Неоднозначне відображення на законодавчому рівні підстав проникнення у житло чи інше володіння особи (ст. 233 КПК України), поряд з відсутністю одностайних теоретичних роз'яснень призводить і до протиріч у судовій практиці. Окремі судді переконані, що ст. 233 КПК України надає право слідчому, прокурору проникати у житло чи інше володіння особи з метою виявити і невідкладно вилучити речі та документи тощо, які використовуватимуться у кримінальному провадженні як докази, незалежно від того, чи існувала необхідність врятувати життя людини, її майно, чи пов'язувалося це з переслідуванням злочинця [228]. Інші судді вважають, що у ст. 233 КПК України визначальною є ч. 3, відповідно до якої проникнення у житло чи інше володіння особи без дозволу суду дозволяється лише у разі існування: або необхідності врятувати життя, майно людини, або у разі переслідування злочинця [223]. На окрему увагу заслуговує приклад у Дніпропетровській області, де суддя розтлумачив положення ст. 233 КПК України таким чином: «... ст. 233 КПК України фактично передбачає тільки підстави проникнення до житла чи іншого володіння особи ... ч. 3 ст. 233 КПК України містить вичерпний перелік обставин, за яких слідчий, прокурор мають право до постановлення ухвали слідчого судді ввійти до житла чи іншого володіння особи ... Єдиною підставою для проведення обшуку, і, відповідно до огляду, є винесена в порядку, встановленому КПК України, ухвала слідчого судді ...» [227]. Тобто як дійшов висновків цей суддя, ст. 233 КПК України

дозволяє прокурору, слідчому лише проникнути у житло чи інше володіння особи. Якщо існує намір вилучити з домоволодіння речі та документи, потрібно звертатися до слідчого судді з клопотанням про проведення обшуку, огляду.

Прив'язка ч. 3 ст. 233 КПК України до таких підстав проникнення у житло чи інше володіння особи як необхідність врятувати життя, майно, переслідування злочинця суперечить таким правилам цієї самої статті, як: «... У такому випадку прокурор, слідчий за погодженням із прокурором зобов'язаний невідкладно після здійснення таких дій звернутися з клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді. Слідчий суддя розглядає таке клопотання згідно з вимогами ст. 234 цього Кодексу, перевіряючи, чи дійсно були наявні підстави для проникнення до житла чи іншого володіння особи без ухвали слідчого судді. ...» (ч. 3 ст. 233 КПК України).

Отже, структура ч. 3 ст. 233 КПК України побудована таким чином, що дана стаття є тісно пов'язана з правилами проведення обшуку (ст. 234 цього Кодексу), але в ст. 234 КПК України не має жодної прив'язки до таких підстав проведення обшуку як «врятування життя, майна, переслідування злочинця». Лише зазначено, що метою обшуку є: «... 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» (ч. 1 ст. 234 КПК України).

Зауважимо, що саме стосується проведення огляду в житлі чи іншому володінні особи до отримання дозволу слідчого судді. Згідно з ч. 1 ст. 237 КПК України, огляд приміщення проводиться з метою виявлення та фіксації відомостей щодо обставин вчинення кримінального правопорушення. Якщо це огляд домоволодіння, дотримуються правила, встановлені для проведення обшуку (ч. 2 ст. 237 КПК України). Проведення обшуку до отримання дозволу слідчого судді, як попередньо зазначалося, може відбуватися в порядку ч. 3 ст. 233 КПК України, що, у свою чергу, вимагає існування таких підстав (передумов): необхідність врятувати життя людини, майно чи безпосереднє переслідування осіб, які підозрюються у вчиненні злочину.

Цікаво, що невідповідність підстав проникнення у житло чи інше володіння особи до підстав проведення обшуку, огляду до отримання дозволу слідчого судді, було одним із зауважень, яке висловив Директорат з питань правосуддя та захисту людської гідності, Генерального директорату I – Права людини і верховенство права Ради Європи, ще на проект КПК України. Зокрема, як було зазначено у п. 37 цього Документа, ввівши окремою статтею поняття «невідкладні випадки проведення слідчих (розшукових) дій», в одних положеннях КПК України зроблено додаткове посилення на ці «невідкладні випадки», в інших статтях – ні [34, с. 16].

Тобто можна констатувати, що огляд житла чи іншого володіння особи має одні підстави проведення, серед яких необхідність фіксації відомостей щодо обставин вчинення кримінального правопорушення. Тоді як у разі необхідності визнати такі докази допустимими, якщо це було здійснено до отримання дозволу слідчого судді, потрібні інші (додаткові) підстави, а саме: врятування життя людей та майна чи безпосереднє переслідування осіб, які підозрюються у вчиненні злочину.

Для вирішення існуючих проблем у частині підстав проникнення у житло чи інше володіння особи слід врахувати сталу практику Європейського суду з прав людини за ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод («Право на повагу до приватного і сімейного життя»), де неодноразово наголошувалося, що при правомірному обмеженні права на приватне і сімейне життя, порушення недоторканності житла, важливо переслідувати правомірну мету, щоб це було необхідним у демократичному суспільстві [8, с. 99].

Ми погоджуємося з думкою Л. О.Неводничої, яка пропонує, що було б доцільно ст. 233 КПК України доповнити частиною 4 такого змісту: «Проникнення у житло чи інше володіння особи дозволяється також у випадках, коли наявна необхідність виявити і вилучити речі та документи, які можуть бути доказами у кримінальному провадженні, а зволікання з їх отриманням може призвести до їхньої подальшої втрати, знищення чи пошкодження. За таких обставин, прокурор, слідчий за погодженням з

прокурором, після завершення цих дій має негайно звернутися до слідчого судді в порядку ст.ст. 234, 237 КПК України». [137, с. 116].

Проведення обшуку у житлі чи іншому володінні здатне значної мірою обмежити право особи на недоторканність цих об'єктів людського буття, передбачене ст. 30 Конституції України. З огляду на це об'єктивне визначення поняття «достатніх підстав» є актуальним для кримінального судочинства нашої країни та має велику практичну значущість. Потреба у такому визначенні є похідною від вимог ст. 2 КПК України (в якій визначено, що завданнями кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура), положень Постанови Верховної Ради України «Про концепцію судово-правової реформи в Україні» від 28.04.1992 р. та Указу Президента України «Про заходи щодо дальшого зміцнення правопорядку, охорони прав і свобод громадянина» від 18.02.2002 р. № 143/ 2002.

У XVII ст. Г. В. Лейбниц у логіку ввів поняття «достатньої підстави». Сутність останнього полягала у тому, що із-за принципу розумної достатності жоден факт людиною не може сприйматися як істинний без пояснення «достатньої підстави», чому він саме такий, а не інший [168, с. 167].

У 1878 р. Верховний суд США прийняв рішення у справі Стрейсі проти США «Співробітник поліції має достатні підстави для арешту та обшуку, якщо факт та обставини, які сприймаються ним, є такими, що здатні переконати розумну й обережну людину в тому, що вчинено злочин» [145, с. 52].

Пізніше з'явилися більш розширені юридичні формулювання достатніх підстав. Обов'язок щодо їх встановлення покладался на суддів, але сприйняття

фактів і обставин як таких, що здатні переконати «розумну й обережну людину», залишилося їх основним критерієм [61, с. 146].

На думку М. А. Фоміна, достатніми даними для проведення обшуку слід вважати таку сукупність доказів та інших фактичних даних, що є в органів досудового слідства, яка дозволить суду з впевненістю передбачити, що в будь-якому місці чи в будь-якої особи дійсно можуть знаходитись знаряддя злочину, предмети, документи і цінності, що мають значення для кримінальної справи, а також можуть знаходитись розшукувані особи і трупи [233, с. 35-36].

Під достатніми даними для проведення обшуку В. Е. Коновалова розуміє відомості, що містяться у свідченнях потерпілих, підозрюваних, обвинувачених, свідків у протоколах СРД, заявах громадян, а також одержані під час оперативно-розшукової діяльності [90, с. 63].

В. А. Кузьмин досить переконливо пояснює, що достатність підстав для провадження обшуку визначається внутрішнім переконанням слідчого і судді, яке формується на підставі закону, життєвого і професіонального досвіду [112, с. 44].

Спираючись на достатні підстави, закон має на увазі насамперед докази у справі, якими найчастіше бувають показання свідків і потерпілих. Іноді підстави для обшуку виникають після огляду місця події, допиту підозрюваного, інших учасників кримінального провадження. Але не лише докази є підставою для проведення обшуку. У ряді випадків дані для цього можуть бути отримані і з непроцесуальних джерел, наприклад, з матеріалів оперативно-розшукової діяльності. Важливо лише підкреслити, що матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп осіб, зібрані оперативними підрозділами з дотриманням вимог Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», за умови відповідності до вимог ст. 99 КПК України, є документами та можуть використовуватися у кримінальному провадженні як докази (ч. 2 ст. 99 КПК України).

Усі інші дані, які потрапляють до слідчого (анонімні листи, дзвінки по телефону, слухи, припущення окремих осіб тощо), не можуть бути підставою для обшуку доти, доки їх достовірність не буде перевірена шляхом необхідних

СРД. Взагалі, рішення про обшук ще не означає, що слід негайно приступити до його проведення. Насамперед, рішення слідчого про проведення обшуку має дістати відображення у відповідному процесуальному документі [133, с. 6].

Але залишається невизначеним питання: яка сукупність відомостей може бути визнана достатньою для проведення цієї СРД. Саме законодавець у конструкції ч. 2 ст. 234 КПК України вживає словосполучення – «є наявність достатніх відомостей». Отже, ми можемо тільки припустити, що йдеться не про одиничні відомості, повідомлення, докази, а про їх сукупність.

Бузсумнівно, що правильно є думка авторів, які вважають, що визначення достатньої кількості відомостей для проведення СРД пов'язане з їх оцінкою з точки зору достатності та залежить від внутрішнього переконання слідчого чи прокурора. Отже, є певна сукупність відомостей, яка при її оцінці приводить слідчого чи прокурора до єдиного висновку – про необхідність проведення СРД, під час якої буде досягнута її мета як ідеальна модель того результату, якого намагається досягти слідчий чи прокурор. Звичайно, не можна вимагати від слідчого отримання таких підстав для проведення СРД, які з достовірністю будуть установлювати можливість досягнення її мети, адже достатнім є високий ступінь достовірності. Відомості, що вказують на можливість досягнення мети слідчої дії, можуть бути отримані під час проведення інших СРД, негласних слідчих (розшукових) дій, під час проведення оперативно-розшукових заходів, ревізій та перевірок, при проведенні інших процесуальних дій, передбачених КПК України [99, с. 550–551].

Звернення до практики Верховного суду США дає можливість переконатись, що проведенню обшуку у цій країні можуть передувати такі підстави: судження і припущення свідків, потерпілих, підозрюваних, обвинувачених, підсудних, засуджених, агентів, довірених осіб; показання «з інших рук», коли суб'єкт, який їх надає, не є очевидцем фактів чи подій, які цікавлять слідство та суд; пояснення «достовірних» чи надійних інформаторів, що базуються на слухах, тощо [145, с. 53–54].

Використання цих підстав, обмеження конституційного права особи на недоторканність житла таким чином безпосередньо ставиться у залежність від можливого помилкового або навіть незаконного розсуду окремої службової особи. Але у США існує перевірена часом практика використання судових презентацій задля обґрунтування окремого судового рішення. Її застосування є додатковою гарантією як права особи, так і «розумності та обережності» самого судді.

Закон не вимагає винесення окремої постанови слідчого чи прокурора про проведення обшуку. Юридичною (правовою) підставою для проведення обшуку є ухвала слідчого судді.

Вважаємо правильним і доцільним зазначити бачення Л. М. Лобойка, який розкриває сутність понять:

- правова підстава для обшуку житла чи іншого володіння особи – ухвала слідчого судді; невідкладний випадок, пов'язаний із безпосереднім переслідуванням підозрюваної особи, коли виникає потреба у пошуку певних об'єктів;

- для обшуку особи – затримання або наявність у слідчого, прокурора достатніх підстав вважати, що особи, які перебувають в житлі чи іншому володінні, переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження [119, с. 292].

Очевидно, що загальною правовою підставою, яка надає відповідним суб'єктам кримінального процесу повноваження на проведення обшуку, слід вважати розпочате досудове розслідування. Про це зазначено у положеннях ч. 3 ст. 214 КПК України, відповідно до яких забороняється здійснювати досудове розслідування до внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР). Винятком з цього правила є виявлення ознак кримінального правопорушення на морському чи річковому судні, що перебуває за межами України. У такому випадку досудове розслідування розпочинається негайно, відомості про нього вносяться до ЄРДР при першій можливості, а капітан судна відповідно до ч. 2 ст. 520 КПК України

уповноважений здійснювати обшук житла чи іншого володіння особи і особистий обшук без ухвали слідчого судді [245].

Розглядаючи нормативно-правову основу проведення обшуку, є необхідним зупинитися на ст. 8 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод, ст. 30 Конституції України та ст. 13, ч. 7 ст. 223, ч. 8 ст. 191, ч. 3 ст. 208, ст.ст. 233-236, ч. 2 ст. 520, ст. 615 КПК України, які відповідно до засади законності застосовуються з урахуванням практики Європейського суду з прав людини [245]

Зокрема, у ч. 1 та ч. 2 ст. 30 Конституції України зазначається, що кожному громадянину гарантується недоторканність житла. Не допускається проникнення в житло чи інше володіння особи, здійснення в них обшуку інакше як за мотивованим рішенням суду. Дане положення Основного Закону України деталізується в ч. 1 ст. 233 КПК України, відповідно до якої ніхто не має права проникнути до житла чи іншого володіння особи з будь-якою метою, інакше як лише за добровільною згодою особи, яка ними володіє, або на підставі ухвали слідчого судді, крім випадків невідкладності, до яких згідно з ч. 3 ст. 233 КПК України відносяться врятування життя людей та майна чи безпосереднє переслідування осіб, які підозрюються у вчиненні злочину [250, с. 196].

Україна, як держава-учасник Конвенції про захист прав людини і основних свобод, визнає юрисдикцію Європейського суду до прав людини обов'язковою у питаннях тлумачення і застосування Конвенції і Протоколів до неї у випадку передбаченого порушення Україною положень цих договірних актів. Тому застосування судами України цієї Конвенції має здійснюватись з урахуванням практики Європейського суду з прав людини з метою уникнення порушень прав і основних свобод людини.

Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод висуває досить високі вимоги для такого обмеження прав, як проведення обшуку. Відповідно до п. 2 ст. 8 Конвенції не допускається втручання з боку державних органів у здійснення права на недоторканність житла, за винятком втручання, передбаченого законом і необхідного в демократичному суспільстві в інтересах

національної безпеки і суспільного спокою, економічного благополуччя країни, з метою запобігання безладу чи злочинів, для охорони здоров'я, моральності чи захисту прав і свобод інших осіб [52].

Розглядаючи умови проведення обшуку, доречним буде зазначити, що нещодавно набув чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування».

Найцікавіші поправки стосуються умов проведення обшуків. Обов'язковим атрибутом кожного обшуку тепер стає відеокамера або інший пристрій, що дасть можливість повністю зафіксувати перебіг проведення цієї СРД, а відповідний аудіо-відеоносій є невід'ємним додатком до протоколу обшуку. Будь-які незафіксовані обставини обшуку не можуть бути включені до протоколу і використані в суді як докази. Тобто правоохоронні органи тепер не зможуть, як раніше, ігнорувати клопотання сторони захисту фіксувати слідчу дію на відеокамеру – тепер це не опція, а обов'язок.

Хоча при проведенні дослідження з даного питання нами було з'ясовано, що у більшості обшуків, які проводились органами розслідування, було застосовано відеофіксацію та інші технічні засоби. Так, при опитуванні слідчих було встановлено, що 86% респондентів застосовували технічні засоби при проведенні даної СРД. Так, відеофіксація застосована у 59%; фотофіксація – в 11%; ін. технічні засоби (телефон, фотокамера) – у 16%.

Про застосування технічних засобів при проведенні обшуків також зазначали й інші респонденти. Так, захисники сказали, що при проведенні обшуку з їх залученням, технічні засоби застосовувалися у 65% за ініціативою органу розслідування. Прокурори зазначили, що у 77% при проведенні обшуку стороною обвинувачення були застосовані технічні засоби.

З проаналізованих нами кримінальних проваджень також вбачаємо доволі часте застосування технічних засобів при проведенні обшуку (64% матеріалів кримінальних проваджень). Більшість технічних засобів, що застосовувалися, –

це відеокамери (47%), також мали місце фотокамери (11%) та мобільні телефони (6%).

При цьому слід звернути увагу на ще один важливий аспект. Практика реалізації оновлених положень КПК України показала проблематику, де відсутня детальна регламентація, як проводити відеозйомку. Досі незрозуміло, чи повинні бути в кадрі поняті, чи повинна камера фіксувати факт вилучення і перелік майна. А найголовніше – у змінах до КПК України немає ні яких роз'яснень про безперервність відеозйомки [154].

Дійсно, на відміну, наприклад, від положень ч. 7 ст. 223 КПК України, ч. 1 ст. 107 КПК України з незрозумілих причин не містить вказівки на необхідність забезпечення безперервного звуко- та відеозапису. Проте, засада кримінального провадження, передбачена ст. 27 КПК України, має назву «Гласність і відкритість судового провадження та повне фіксування технічними засобами судового засідання і процесуальних дій», і ч. 5 цієї самої статті передбачає, що під час судового розгляду та у випадках, передбачених КПК України, під час досудового розслідування забезпечується повне фіксування судового засідання та процесуальних дій за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів. Відповідно, «повне фіксування» як видається, свідчить про необхідність саме безперервного, суцільного фіксування процесуальних дій, зокрема обшуку, на що слід звертати увагу при наданні правової допомоги у кримінальному провадженні.

Отже, можна сказати, що правоохоронні органи при проведенні СРД обшуку часто застосовували технічні засоби і причиною цього застосування можна назвати такі причини: спрощення аналізу дослідження доказів у подальшому розслідуванні та гарантія дотримання закону щодо прав і законних інтересів громадян. Тобто, закріпивши проаналізовану умову у чинному законодавстві, процесуальний порядок проведення обшуку тільки зміцнив свої позиції, які посилюють захист прав та законних інтересів громадян у кримінальному провадженні.

Право фіксації обшуку на «плівці» здобула і сторона захисту. КПК України і раніше прямо не забороняв стороні захисту записувати

проведення обшуку на відео, однак закріплення такого права на рівні Закону дасть змогу уникнути зайвих суперечок щодо можливості самостійно фіксувати процес.

При опитуванні респондентів було з'ясовано, що тільки у 10% захисники подавали клопотання про застосування технічного фіксування обшуку. У 7% захисники самостійно здійснювали відеофіксацію; паралельно зі стороною обвинувачення захисники застосовували відеофіксацію у 12%.

Фотографування чи відеозапис обшуку є найпростішим факультативним засобом фіксування ходу проведення СРД, що дозволяє зафіксувати обстановку у житлі чи іншому володінні особи, показати його місцезнаходження, відобразити індивідуальні особливості відшуканих об'єктів, відзначити характер та розташування тайників, проілюструвати розшукові дії у динаміці, зафіксувати присутніх осіб тощо. Особливо доцільним є застосування зазначених додаткових способів фіксації обшуку, якщо відшукуванню підлягають об'єкти, що не можуть довго зберігатися при матеріалах кримінального провадження; при фіксуванні у протоколі обшуку складних для описання властивостей та ознак механізмів, обладнання, предметів тощо; з метою запобігання заявам підозрюваного про фальсифікації та порушення закону, яких, на його думку, припустився слідчий, тощо.

Оригінальні примірники технічних носіїв інформації зафіксованої процесуальної дії зберігаються у матеріалах кримінального провадження. Їх резервні копії зберігаються окремо (ч. 3 ст. 107 КПК України).

Ще однією відеопоправкою (набирає чинності з 1 січня 2019 р.) є обов'язковий відеозапис вирішення слідчим суддею питань під час досудового розслідування. Отже, якщо ухвалу про дозвіл на проведення обшуку постановив суд за відсутності повної відеофіксації засідання, то отримані під час обшуку докази визнають недопустимими. Таке нововведення, на нашу думку, покликане унеможливити практику, коли слідчі приносять готову ухвалу про обшук на флешці, а суддя її просто підписує. А таких випадків у практичній діяльності дуже багато. З власного практичного досвіду можемо зазначити, що кожний другий слідчий готував на електронному носіїві

«чорновий варіант» ухвали і подавав його слідчому судді. При опитуванні респонденти (слідчі, прокурори) відмовилися надавати відповідь на це запитання.

Наступною умовою проведення обшуку, яку варто розглянути, є вжиття належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, права та законні інтереси яких можуть бути обмежені або порушені (ч. 3 ст. 223 КПК України). Найчастіше йдеться про власника житла чи іншого володіння особи. Його присутність при обшуку є гарантією законного та об'єктивного відображення результатів цієї СРД, дотримання правових приписів кримінального процесуального закону [99].

Наприклад, І. С. Ілієнко наводить приклад, що якщо в ухвалі слідчого судді зазначено про обшук будівлі за певною адресою, а в цій будівлі розташовані офісні приміщення, то у даному разі можуть бути порушені права як власника будівлі, так і орендарів офісних приміщень. Отже, всі вони мають бути присутніми. Більш того, якщо у цьому приміщенні працює адвокат, то під час проведення обшуку, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, має бути присутній представник ради адвокатів регіону, який має право ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення процесуальних дій, що зазначаються у протоколі (ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Тому недодержання прав осіб також може призвести до визнання здобутих доказів неприпустимими. [60].

На нашу думку, особливу увагу під час підготовки до проведення обшуку, варто звернути на правильний вибір часу проведення цієї СРД. Ми погоджуємося з С. С. Кулик, що для унеможливлення приховання від слідства, знищення, фальсифікації документів, що мають доказове значення, обшуки слід проводити раптово, одночасно в усіх співучасників кількома групами відповідно до плану СРД [115].

При виборі часу проведення слід ураховувати вимоги ч. 4 ст. 223 КПК України, згідно з якою проведення СРД у нічний час (з 22 до 6 год.) не допускається, за винятком невідкладних випадків, коли затримка в їх проведенні може призвести до втрати слідів кримінального правопорушення

(наприклад, одяг злочинця з плямами крові) чи втечі підозрюваного. Відповідно до ч. 2 ст. 236 КПК України, обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді повинен відбуватися в час, коли завдається найменша шкода звичайним заняттям особи, яка ними володіє, якщо тільки слідчий, прокурор не вважає, що виконання такої умови може суттєво зашкодити меті обшуку [98]. Ця вказівка закону містить правову домінанту захисту прав та свобод людини і громадянина і спрямовує слідчого на знаходження розумного балансу під час обрання моменту обшуку між публічними інтересами держави та можливістю досягнення мети конкретної СРД і в цілому завдань кримінального провадження та приватними інтересами особи [99].

Також перед проведенням обшуку особа, яка проводить обшук, зобов'язана роз'яснити особам, присутнім під час обшуку, їх права та обов'язки, що відповідають їх процесуальному статусу, насамперед робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу. При застосуванні технічних засобів фіксації обшуку про це також повідомляються особи, які беруть участь у цій СРД.

Ще однією умовою є дотримання порядку ознайомлення з ухвалою слідчого судді. Так, перед початком виконання ухвали слідчого судді особі, яка володіє житлом чи іншим приміщенням, а за її відсутності – іншій присутній особі має бути пред'явлена ухвала і надана її копія (ч. 3 ст. 236 КПК України). У разі відсутності осіб у житлі чи іншому володінні копія ухвали повинна бути залишена на видному місці у житлі чи іншому володінні особи (ч. 4 ст. 236 КПК України).

Далі, слід звернути увагу на залучення понятих, які мають бути присутніми під час проведення обшуку. Їх має бути не менше двох, незалежно від застосування технічних засобів фіксації процесуальної дії (п. 7 ст. 223 КПК України). При цьому поняті повинні мати при собі документи, які посвідчують їх особи. Вони повинні невідривно спостерігати за процесом обшуку. Більш розгорнуто це питання ми розглянемо у § 2.2.

Законом не обмежується кількість правоохоронців, які можуть брати участь у проведенні обшуку. При цьому, право на проведення обшуку мають лише ті особи, які зазначені в ухвалі суду. Якщо обшук проводять особи, які не зазначені в ухвалі суду, тоді вони повинні підтвердити свої повноваження – надати відповідне доручення слідчого чи постанову прокурора про доручення розслідування кримінального провадження декільком слідчим або інший відповідний процесуальний документ.

Особи, які здійснюють обшук, мають передбачене законом право заборонити всім присутнім особам залишати місце проведення обшуку до його завершення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку. Заборона зателефонувати своєму адвокату чи члену сім'ї буде незаконною, але проводити постійні переговори з різними особами по телефону ніхто не дозволить і така заборона цілком законна.

Під час обшуку слідчий повинен вживати заходів для того, щоб не були розголошені виявлені при його проведенні обставини особистого життя особи, в якій проводиться обшук, та інших осіб, які проживають або тимчасово перебувають у житлі чи іншому володінні особи.

Також вагомою умовою проведення обшуку є проникнення до житла чи іншого володіння особи лише один раз на підставі ухвали слідчого судді (ч.1 ст. 235 КПК України).

Відповідно до п. 4 ч. 2 ст. 235 КПК України компетентні особи проникають у місця чітко визначені слідчим суддею:

- житло;
- інше володіння особи;
- частина житла;
- частина іншого володіння особи.

Наприклад, якщо в ухвалі слідчого судді буде сказано про проведення обшуку у житловому будинку за певною адресою, то обшук в інших господарчих будівлях цього домоволодіння (літня кухня, погріб, сарай) або на городі буде незаконним. Або якщо сказано про проведення обшуку в певній кімнаті житлового будинку, особа, яка його проводитиме, не має права

обшукувати інші кімнати будинку. На це слід звертати увагу, оскільки можуть бути порушені права обшукуваних осіб та визнання доказів неприпустимими.

Слід зазначити, що обшук на підставі ухвали слідчого судді проводиться в обсязі, необхідному для досягнення мети обшуку (ч. 5 ст. 236 КПК України). Звичайно, є очевидним, що мета обшуку визначається в ухвалі слідчого судді. Проте, дискусійним може бути питання щодо того чи має особа, яка проводить обшук, наприклад, з метою відшукування викраденого майна, припинити цю СРД у разі відшукування всіх предметів крадіжки. Або, що робити з майном, яке вилучене з обігу, проте знайдене під час обшуку. Відповідь на це запитання міститься у ч. 7 ст. 236 КПК України, відповідно до якої 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, що вилучені законом з обігу, вважаються тимчасово вилученим майном. Тобто законодавство не містить заборони завершити обшук навіть при відшукуванні всього майна та дозволяє вилучити інші предмети, які виходять за межі мети.

Вважаємо за доцільне зазначити, що у КПК України наразі передбачається можливість проведення обшуку за відсутності осіб у житлі чи іншому володінні особи. Відповідно до ч. 4 ст. 236 КПК України, у такому разі копія ухвали повинна бути залишена на видному місці у житлі чи іншому володінні особи.

На наше переконання, досить позитивним моментом, враховуючи істотне обмеження права особи на недоторканість житла, на невтручання у її приватне життя, саме у таких випадках є нагальна потреба залишення на видному місці як процесуального документа, що є юридичною підставою для проведення обшуку житла чи іншого володіння особи (ухвала слідчого судді), так і копії протоколу обшуку з тим, щоб особа знала і розуміла, яку СРД було проведено за її відсутності, ким, у присутності кого і які результати одержані при цьому.

Є необхідним зазначити, що на практиці у працівників слідчих підрозділів виникають проблеми організаційного характеру, пов'язані з отриманням відповідного дозволу на проведення обшуку у слідчого судді. Насамперед це пов'язано з тим, що багато суддів схильні приймати зазначене рішення тільки

після того, як слідчий надасть документи, що підтверджують отримання відмови про «тимчасовий доступ до речей і документів» (виїмки). На це вказує і норма ст. 234 КПК України, де у п. 8 ч. 3 викладено, що клопотання слідчого за погодженням з прокурором або прокурор, звертаючись до слідчого судді, 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 відповідно до ч. 2 ст. 93 КПК України, або за допомогою інших слідчих дій, передбачених КПК України, а доступ до осіб, яких планується відшукати, – за допомогою інших слідчих дій, передбачених КПК України. Зазначена вимога не поширюється на випадки проведення обшуку з метою відшукування знаряддя кримінального правопорушення, предметів і документів, вилучених з обігу.

Аналізуючи вищевикладене, можна виокремити такі умови, що мають бути дотримані органами розслідування при проведенні обшуку у кримінальному провадженні:

- 1) обшук проводиться у межах територіальної юрисдикції де знаходиться орган досудового розслідування;
- 2) звернення до слідчого судді з клопотанням про проведення обшуку мають право слідчий, за погодженням з прокурором, або прокурор;
- 3) до клопотання мають бути додані оригінали або копії документів та інших матеріалів, якими прокурор, слідчий обґрунтовує доводи клопотання, а також витяг з ЄРДР щодо кримінального провадження, у рамках якого подається клопотання;
- 4) ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи може бути виконана слідчим чи прокурором;
- 5) може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження;
- 6) слідчий, прокурор зобов'язані вживати належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, права та законні інтереси яких можуть бути обмежені або порушені;

7) слідчий, прокурор, інша службова особа, яка бере участь у проведенні обшуку, зобов'язані допустити на місце його проведення захисника, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями ст. 50 КПК України на будь-якому етапі його проведення;

8) обшук повинен відбуватися у час, коли заподіюється найменша шкода звичайним заняттям особи, яка ними володіє, якщо тільки слідчий, прокурор не вважатиме, що виконання такої умови може істотно зашкодити меті обшуку;

9) проведення обшуку у нічний час (з 22 до 6 год.) не допускається, за винятком невідкладних випадків, коли затримка в їх проведенні може призвести до втрати слідів кримінального правопорушення;

10) обов'язкове залучення понятих;

11) перед початком виконання ухвали слідчого судді особі, яка володіє житлом чи іншим володінням, а за її відсутності – іншій присутній особі має бути пред'явлена ухвала і надана її копія;

12) обов'язкове роз'яснення прав і обов'язків учасникам СРД що відповідають їх процесуальному статусу, повідомлення про відеофіксацію даної дії;

13) у разі відсутності осіб у житлі чи іншому володінні копія ухвали має бути залишена на видному місці у житлі чи іншому володінні особи. слідчий, прокурор зобов'язаний забезпечити схоронність майна, що знаходиться у житлі чи іншому володінні особи, та неможливість доступу до нього сторонніх осіб;

14) складання протоколу обшуку та додатків до нього;

15) проникнення до житла чи іншого володіння особи може бути здійснено лише один раз на підставі ухвали слідчого судді.

Висновки до розділу 1

У цьому розділі розглянуто стан наукового дослідження та історичний розвиток інституту обшуку в кримінальному процесі, поняття обшуку, а також зарубіжний досвід його регламентації.

Проведене дослідження дозволяє дійти висновків:

I. Визначено такі історичні етапи інституту обшуку у кримінальному процесі:

- 1) період князювання Олега (882 – 912рр.) – окремі аспекти обшуку;
- 2) правління великого князя Московського Івана III (1462 – 1505 рр.) – Статутна Білозерська грамота – 1488 р.; Судебник 1497 р.;
- 3) правління Івана IV Грозного (1530–1584 рр.) – Судебник 1550 р.; Статутна книга розбійного наказу – 1555 р.;
- 4) правління Олексія I Михайловича Романова (1645–1676 рр.) – «Соборне укладення» або «Соборне уложення» 1649 р.;
- 5) період судової реформи 1864 р. в Російській імперії – Статут кримінального судочинства 1864 р.;
- 6) період Жовтневої революції – Декрет РНК РРФСР від 24.11.1917 р. «Про суд»;
- 7) період кінця XIX – початку XX ст.ст. – КПК РРФСР 1922–1923 рр., 1960 р.;
- 8) чинне законодавство – КПК України 2012 р.

II). Сформульовано ряд понять:

Слідчі (розшукові) дії – це різновид пізнавально-процесуальних дій, здійснюваних уповноваженою на те особою в порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством, який полягає у виявленні, отриманні, збиранні, перевірці та використанні доказів у рамках кримінального процесуального провадження.

Обшук – це обґрунтована доказами слідча (розшукова) дія, сутність якої полягає у примусовому цілеспрямованому обстеженні окремих громадян, їх одягу та особистих речей, приміщень, різноманітних споруд, житла, робочих місць, транспортних засобів, ділянок місцевості, що знаходяться у віданні

обшукуваної особи та членів її сім'ї або якої-небудь організації, що здійснюється уповноваженою на те особою, з метою виявлення, фіксації та вилучення знарядь злочину, зброї, речей та цінностей, здобутих злочинним шляхом, а також предметів, документів та речових доказів, які мають значення у кримінальному провадженні, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних злочинців, трупів.

Підстави СРД – це наявність достатніх відомостей, що підлягають встановленню у кримінальному провадженні з метою отримання інших необхідних доказів для реалізації завдань кримінального провадження.

III. Досліджено підстави проведення обшуку. Обґрунтовано, що достатні підстави для проведення обшуку – це обов'язкова наявність сукупності фактичних та юридичних підстав. Так, під юридичними підставами розуміється сукупність кримінальних процесуальних умов та норм, що регламентують проведення уповноваженим суб'єктом такої слідчої дії як обшук, що належним чином оформлене спеціально визначеним процесуальним документом (ухвала слідчого судді). Відповідно до фактичних підстав обшуку віднесено наявність сукупності достатніх даних, достовірність яких належним чином перевірена та обґрунтована, про те, що знаряддя кримінального правопорушення, майно, яке було здобуте у результаті його вчинення, предмети і документи, які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення, знаходяться у житлі, іншому володінні особи чи в будь-якої особи, або коли є достатні підстави вважати, що в певному житлі чи іншому володінні особи переховуються розшукувані особи або знаходяться розшукувані трупи чи тварини.

IV). Узагальнено та обґрунтовано умови проведення обшуку у кримінальному провадженні, дотримання яких окреслені Законом України та визначають допустимість отриманих доказів у подальшому розслідуванні.

РОЗДІЛ II. УЧАСНИКИ ОБШУКУ ТА ЇХ РОЛЬ У ЙОГО ПРОВЕДЕННІ

2.1. Повноваження слідчого та співробітників оперативних підрозділів під час обшуку

В умовах розвитку державності України як демократичної європейської країни ключове місце належить формуванню правової системи, в якій одним з основних елементів є права людини з позицій як внутрішньодержавного, так і загальносвітового значення. Проблема забезпечення прав і свобод особи в Україні постає ще доволі гостро, зокрема це стосується і кримінального судочинства. Під час здійснення кримінального провадження слідчий, прокурор, суддя застосовують заходи щодо обмеження таких прав і свобод суб'єктів, які ними залучаються до процесу.

Ми розглянемо зазначені суб'єкти кримінального провадження у даному розділі і визначимо їх роль під час проведення обшуку.

Розгляд суб'єктів розпочнемо зі слідчого, на якого покладається обов'язок провадження кримінальних процесуальних дій з розслідування кримінальних правопорушень. Його діяльність має публічно-правовий характер, оскільки він наділений державними повноваженнями.

Так, слідчий, згідно з п. 17 ч. 1 ст. 3 КПК України, визначається як службова особа органу Національної поліції, органу безпеки, органу, що здійснює контроль за додержанням податкового законодавства, органу державного бюро розслідувань, органу Державної кримінально-виконавчої служби України, підрозділу детективів, підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України, уповноважена у межах компетенції, передбаченої КПК України, здійснювати досудове розслідування кримінальних правопорушень.

У ст. 40 КПК України визначено повноваження слідчого, перелік яких не є вичерпний. Так, у ч. 2 ст. 40 КПК України сказано, що слідчий уповноважений проводити СРД у випадках, встановлених КПК України; доручати проведення СРД відповідним оперативним підрозділам; звертатися за погодженням із прокурором до слідчого судді з клопотаннями про проведення СРД; приймати

процесуальні рішення у випадках, передбачених КПК України; здійснювати інші повноваження, передбачені КПК України [81, с. 125].

Отже, 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. Для проведення обшуку житла чи іншого володіння особи потрібно отримати ухвалу слідчого судді, якій передуює подача клопотання.

Клопотання, яке подається слідчим, має бути погоджене прокурором – процесуальним керівником або складене ним з метою, зазначеною у ст. 234 КПК України, та адресуватися до суду того самого району для постановлення ухвали слідчим суддею про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи або відмови у задоволенні такого клопотання. Тому прокурор має змогу безпосередньо перевіряти законність підстав для проведення обшуку або самостійно їх обґрунтовувати. Більше того, прокурор може самостійно проводити таку слідчу дію, брати участь у ній або давати вказівки слідчому з її проведення [256, с. 47].

Отже, у разі необхідності провести обшук, зазначається у ч. 3 ст. 234 КПК України, слідчий за погодженням з прокурором або прокурор звертається до слідчого судді з відповідним клопотанням. Норми ст.ст. 234, 235 КПК України передбачають два види наслідків розгляду такого клопотання: про відмову в задоволенні та про надання дозволу на обшук. Така структура процесуальних норм змушує сторону обвинувачення готувати клопотання високого рівня через позбавлення можливості в подальшому повторно звернутися з тим самим обґрунтуванням або усунути недоліки.

Питання, що стосуються складання процесуальних документів, ми розглянемо у наступному розділі.

Отже, чинний КПК України чітко закріпив коло суб'єктів, які зобов'язані виконати ухвалу про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи, вказуючи прямо на слідчого чи прокурора (ч. 1 ст. 236 КПК України).

Респонденти, з якими ми проводили анкетування, також посилаються на дотримання вимоги закону щодо суб'єктів проведення. При опитуванні слідчих 91 % сказали, що саме вони проводили обшук у кримінальному провадженні. У 100% слідчі запрошували для участі у проведенні обшуку інших суб'єктів:

18 % – працівників оперативних підрозділів; 31 % – підозрюваних; 29 % – захисників (опитування станом на грудень 2017 р.); 9 % – потерпілих (їх представників); 13 % – інших учасників.

При опитуванні прокурорів з'ясовано, що у кримінальних провадженнях вони самостійно проводили обшук у 7 %, обшук здійснювався за їх участю – 14%, у решті випадках (79 %) обшук проводили слідчі.

На підставі аналізу норм чинного КПК України вато виокремити повноваження слідчого, що стосуються проведення обшуку. Так, при проведенні обшуку слідчий уповноважений:

- 1) за загальним правилом проводити обшук особисто, за необхідності – із залученням оперативних підрозділів, інших учасників;
- 2) вживати належних заходів для забезпечення присутності осіб, права та законні інтереси яких можуть бути обмежені або порушені;
- 3) запросити не менше двох незцікавлених осіб (понятих);
- 4) залучити спеціаліста для надання консультації під час проведення слідчої дії з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок, або безпосередньої технічної допомоги (фотографування, складання схем, планів, креслень, відбір зразків для проведення експертизи тощо);
- 5) перед проведенням обшуку роз'яснити особам, які беруть у ній участь, їх права і обов'язки, передбачені КПК України, а також відповідальність, встановлену законом (ч. 3, 6, 7 ст. 223 КПК України);
- 6) приймати рішення про час та місце проведення обшуку;
- 7) провести обшук на території, яка знаходиться під юрисдикцією іншого органу досудового розслідування;

8) у разі отримання доказів під час проведення обшуку, які можуть вказувати на невинуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення, провести відповідну слідчу (розшукову) дію в повному обсязі, долучити складені процесуальні документи до матеріалів досудового розслідування та надати їх суду у разі звернення з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності (ч. 5 ст. 223 КПК України);

9) самостійно складати протокол відповідної слідчої або іншої процесуальної дії, під час її проведення або безпосередньо після її закінчення, а також належно упакувати речі і документи, що мають значення для перевірки результатів процесуальної дії (ст. 106 КПК України);

10) обов'язково застосовувати відеофіксацію при проведенні обшуку. При цьому відеозапис, забезпечений слідчим, є невід'ємним додатком до протоколу обшуку;

11) забезпечити схоронність майна, що знаходиться у житлі чи іншому володінні особи, та неможливість доступу до нього сторонніх осіб у разі відсутності особи, яка володіє житлом чи іншим володінням, чи інших осіб;

12) провести обшук у строки визначені законом [81, с. 127-128].

Визначивши повноваження слідчого при проведенні обшуку, варто зазначити, що такими самими повноваженнями наділяється прокурор, якщо він самостійно проводить дану СРД.

Вважаємо за доречне зазначити, що аналізуючи комплекс правових норм, які регламентують повноваження слідчого, прокурора, керівника органу досудового розслідування, слідчого судді, процесуальні відносини між ними, а також практику застосування цих норм, можна зробити висновок, що майже всі повноваження слідчого обмежені тим чи іншим впливом з боку інших службових осіб, які беруть участь у досудовому слідстві.

Незважаючи на той факт, що ч. 5 ст. 40 КПК України закріплює процесуальну самотійність слідчого, неможливо однозначно стверджувати про її реальне існування.

Порівняльно-правовий аналіз норм чинного КПК України та КПК України 1960 р, які регламентують процесуальну самотійність слідчого, дають підстави стверджувати, що існуюча форма реалізації функції нагляду за дотриманням законів під час проведення досудового розслідування призвела до зменшення процесуальної самотійності слідчого. Діяльність слідчого знаходиться під потрійним контролем керівника органу досудового розслідування, прокурора і слідчого судді. У результаті виявляється, що процесуальна самотійність слідчого, на нашу думку, має декларативний характер. Обмеження самотійності слідчого сприяє зменшенню ефективності та оперативності проведення досудового розслідування і, як наслідок, унеможлиблює виконання завдань кримінального провадження.

Реформаційні дискусії з цього приводу в науці тривають повсякчас. Такі науковці як О. В. Баулін, В. І. Галаган, Ю. М. Грошевий, А. Я. Дубинський, О. В. Капліна, Н. С. Карпов, В. С. Кузьмічов, Л. М. Лобойко, М. М. Михеєнко, В. Т. Нор, М. А. Погорецький, С. М. Стахівський, В. М. Тertiшник, Л. Д. Удалова дотримуються традиційної точки зору та вважають, що слідчий у кримінальному процесі має бути самотійним суб'єктом. Цими авторами у різні періоди часу вели суперечки про шляхи вдосконалення як системи досудового слідства взагалі, так і процесуального статусу слідчого, зокрема. Висловлюються і протилежні точки зору, зокрема щодо ліквідації існуючих слідчих органів і введення інституту судових слідчих у складі судової системи. Ми є прихильниками першої групи вчених і вважаємо, що існування досудового розслідування та слідчих-суддів не взаємовиключається, а лише сприятиме удосконаленню судового контролю за розслідуванням, яке проводять слідчі. Саме таким чином і підійшов законодавець до вирішення цієї проблеми у КПК України 2012 р., що є досить позитивним моментом цього Кодексу. Хоча до сьогодні положення чинного законодавства про процесуальну

незалежність та самостійність є більш декларативними, ніж такими, що мають реальне втілення у сучасних [14, с. 142].

Доречним є дослідження О. О. Кіпера, який визначає, що важливим елементом змісту процесуальної самостійності слідчого є його право відстоювати (захищати) свою процесуальну самостійність, засобами, передбаченими КПК України, зокрема шляхом:

1) оскарження слідчим рішень, дій чи бездіяльності прокурора (ст. 311 КПК України);

2) звернення до керівника органу досудового розслідування у випадках відмови прокурора у погодженні клопотання слідчого до слідчого судді [69, с. 10].

Також О. О. Кіпер розкриває зміст процесуальної самостійності слідчого, під яким вирізняє такі його елементи:

1) повноваження слідчого оцінювати всі докази та приймати процесуальні рішення на підставі свого внутрішнього переконання;

2) наділення слідчого самостійними процесуальними повноваженнями;

3) повноваження слідчого самостійно визначати напрями розслідування, порядок і послідовність проведення процесуальних дій та нести повну відповідальність за їх законне і своєчасне проведення;

4) механізм взаємодії слідчого із прокурором, керівником органу досудового розслідування, слідчим суддею та оперативними підрозділами;

5) повноваження слідчого приймати процесуальні рішення та пред'являти законні вимоги, що є обов'язковими для виконання всіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями, службовими та іншими фізичними особами;

6) повноваження слідчого – проводити слідчі (розшукові) дії та негласні слідчі (розшукові) дії на території, що знаходиться під юрисдикцією іншого органу досудового розслідування, або своєю постановою доручити їх проведення такому органу досудового розслідування, який зобов'язаний її виконати;

7) право слідчого відстоювати (захищати) свою процесуальну самостійність передбаченими законом засобами [69, с. 14-15].

Ми повністю підтримуємо тих процесуалістів, які зазначають, що реформування статусу слідчого у чинному законодавстві є запорукою належного виконання вимог ст. 2 КПК України, а також гарантією захисту статусу слідчого на законодавчому рівні у зв'язку з покладеними на нього повноваженнями, що визначають його ключову фігуру у розслідуванні кримінальних проваджень.

На підтвердження цього ми підтримуємо думку О. О. Кіпера, який вважає, що під процесуальною самостійністю слідчого слід розуміти загальне положення досудового розслідування, що є засобом реалізації принципу всебічного, повного та неупередженого встановлення обставин кримінального провадження, яке полягає у повноваженнях слідчого самостійно на підставі свого внутрішнього переконання та керуючись законом починати досудове розслідування, визначати напрями розслідування, приймати відповідні процесуальні рішення та вчиняти дії, пов'язані з розслідуванням кримінального правопорушення, застосуванням заходів забезпечення кримінального провадження, за винятком випадків, коли законом передбачене отримання на це згоди (рішення) прокурора чи дозволу слідчого судді, визначати порядок і послідовність проведення цих процесуальних дій та нести повну відповідальність за їх законне і своєчасне проведення (застосування), а також відстоювати (захищати) ці повноваження засобами передбаченими КПК України [69, с. 14].

Переходячи до розгляду питання щодо повноважень співробітників оперативних підрозділів, вважаємо за необхідне сказати, що при підготовці та проведенні обшуку у кримінальному провадженні їх роль набуває вагомого значення, що насамперед розкривається у допомозі співробітникам слідчих органів шляхом взаємодії даних органів. Хочемо також наголосити на тому, що законом заборонено проведення обшуку будь-яким іншим суб'єктам, окрім слідчого, прокурора.

Як видно з історичного та закордонного досвіду виникнення і розвитку форм взаємодії в системі органів слідства та оперативних підрозділів, проблемі цієї взаємодії у різні часи приділялося багато уваги. Форми та методи такої взаємодії виникали та видозмінювалися залежно від історичної обстановки чи конкретних завдань, які поставали перед державою [177, с. 121-127].

Взявши за критерій визначення становлення і розвиток інституту досудового розслідування, історію взаємодії слідчого співробітниками оперативних підрозділів, переважна частина яких до 2012 р. йменувалася органами дізнання, умовно її можна поділити на три періоди.

Ранній період, який вважають передісторією, охоплює час становлення самого інституту досудового слідства в державі у другій половині XIX – на початку XX ст., коли досудове розслідування розмежувалося на слідство та дізнання.

Другий період (20-ті – початок 90-х рр. XX ст.) характеризується наділенням низки правоохоронних органів правом провадження досудового слідства, виникненням, становленням та розвитком різних форм взаємодії слідчих з органами дізнання, особливо тими, для яких дізнавальна діяльність була закономірним продовженням покладених на них оперативно-розшукових функцій. Якість, характер і форми такої взаємодії залежали від конкретної історичної й оперативної обстановки та змін чинного на той час кримінально-процесуального законодавства.

В останній, третій період, взаємодія слідчих з органами дізнання розвивається у правовому полі незалежної держави Україна.

Отже, предметом історії розвитку взаємодії органів досудового слідства і оперативних підрозділів можна вважати дослідження періодів та етапів організаційного становлення і розвитку інституту досудового слідства в державі, еволюції самої взаємодії, а також різних її форм залежно від конкретної історичної обстановки [124, с. 163-164].

Оперативно-розшукова діяльність є самостійним державно-правовим інститутом, має власну мету, завдання, специфічні засоби їх виконання. Вона врегульована окремим Законом України та здійснюється лише визначеними

суб'єктами. Водночас ОРД завжди здійснювалася в інтересах кримінального провадження та слугувала засобом забезпечення виконання завдань кримінального провадження. На цьому неодноразово акцентували увагу науковці та практики. Саме це є органічним висновком комплексного аналізу законодавчо проголошених завдань ОРД та кримінального провадження.

Одним з головних засобів виконання завдань кримінального провадження є процес доказування. Оперативні підрозділи органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, органів Державної пенітенціарної служби України, органів Державної прикордонної служби України, органів Державної митної служби України не були суб'єктами доказування в минулому, та не є такими і за сучасним законодавством. Проте їх діяльність відіграє важливу, а інколи і ключову роль у цьому процесі [46, с. 41].

Законодавча і нормативно-правова база, що безпосередньо регулювала питання взаємодії органів досудового розслідування з оперативними підрозділами, ґрунтувалась на Законі України «Про міліцію» та КПК України 1960 р., які втратили свою чинність. На сьогодні більша частина законів і нормативно-правових актів, що регулюють означене питання, так і не приведено у відповідність до Закону України «Про Національну поліцію» та чинного КПК України. Відповідно до п. 4 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про Національну поліцію» для приведення законодавства України у відповідність до зазначених законів акти законодавства застосовуються в частині, що не суперечить йому.

Слід зазначити, що на відміну від слідчого, оперативні підрозділи не відносяться ні до сторін, ні до учасників кримінального провадження. Проте, відповідно до положень ч. 2 ст. 41 КПК України під час виконання доручень слідчого і прокурора працівник оперативного підрозділу користується повноваженнями слідчого. Працівники оперативних підрозділів (крім підрозділу детективів, підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України) не мають права здійснювати процесуальні дії у кримінальному провадженні за власною ініціативою або звертатися із

клопотаннями до слідчого судді чи прокурора. Взаємодія слідчого та оперативних підрозділів у процесі розкриття та розслідування кримінальних правопорушень є найбільш поширеним і важливим видом взаємодії, необхідною умовою успіху досягнення повного, швидкого та неупередженого досудового розслідування. Чинний КПК України досить суттєво трансформував кримінальну процесуальну діяльність під час досудового розслідування, зокрема і щодо співвідношення слідчої та оперативно-розшукової діяльності. Тому форми взаємодії слідчих і працівників оперативних підрозділів мають бути пристосовані до нових вимог. Здебільшого правові та організаційні засади взаємодії слідчого з оперативними підрозділами закріплені у відповідних відомчих наказах, прийнятих на реалізацію положень нового кримінального процесуального законодавства України.

Розглядаючи визначення поняття взаємодії, суб'єктами якої є слідчі та оперативні підрозділи, І. В. Кубарєв шляхом аналізу законодавства та наукової літератури стверджує, що вона полягає в узгодженому визначенні і здійсненні слідчих дій, оперативно-розшукових та інших заходів під керівництвом слідчого з метою ефективного вирішення завдань кримінального судочинства [11, с. 135]. Але взаємодія не завжди відбувається під безпосереднім керівництвом, адже працівники оперативних підрозділів під час виконання письмових доручень слідчого користуються його повноваженнями.

На думку М. В. Стацака, взаємодія оперативних підрозділів поліції України з органами досудового розслідування – це заснована на нормативних актах спільна діяльність суб'єктів взаємодії у вигляді надання допомоги фізично-матеріального чи нематеріального (інтелектуального) характеру з метою виконання загальних та конкретних завдань (доручень), які виникають у процесі кримінального провадження [184].

Спірною видається позиція З. Ф. Ковриги. Він вважає, що зміст тісної взаємодії органів, які здійснюють дізнання, та слідчих полягає у тому, щоб процесуальним шляхом у встановленій законом формі закріпити відомості, що отримані в результаті оперативно-розшукових заходів [71, с. 9].

Досліджуючи питання що розглядаємо, варто зіслатись на пропозиції Н. В. Гуменної, яка пропонує такий варіант поняття взаємодії слідчого та інших суб'єктів розшуку під час здійснення розшукової діяльності. Вона говорить, що це узгоджена діяльність слідчого, працівників (співробітників) оперативних підрозділів та інших суб'єктів, що забезпечує раціональне поєднання під час розшукової діяльності процесуальних дій і розшукових заходів, здійснюваних кожним із них відповідно до своїх функцій та в межах наданих їм законом повноважень із використанням спеціальних знань і технічних засобів, спрямована на досягнення спільної мети з найменшими затратами сил, засобів і часу [47, с. 501].

Щодо практичного аспекту цієї діяльності, то взаємодія між слідчим і працівником оперативного підрозділу є ефективною у разі, якщо вони особисто між собою досягнуть взаєморозуміння щодо розслідування конкретного кримінального провадження. В окремих випадках ніякими законами та нормативно-правовими актами неможливо досягнути результативної злагодженої роботи слідчих та оперативних працівників. Водночас їх робота має бути законодавчо та нормативно регламентована. Отже, взаємодія між слідчим і працівником оперативного підрозділу має теоретичні та правові підстави.

Зокрема, теоретичними підставами такої взаємодії виступають положення, що роз'яснюють її сутність, роль, значення тощо. Їх усвідомлення суб'єктами робить взаємодію більш осмисленою та цілеспрямованою, сприяючи тим самим підвищенню її ефективності і безумовному дотриманню всіма учасниками вимог законності.

Теоретичними підставами взаємодії між слідчим і працівником оперативного підрозділу є спільність мети і завдань, тобто лише об'єднуючи свої зусилля вони зможуть ефективно їх вирішити, тобто: швидко розкрити кримінальне правопорушення, своєчасно, швидко, повно та неупереджено здійснити досудове розслідування, а також встановити та притягнути до кримінальної відповідальності винну особу; однакова юридична сила процесуальних документів слідчого та працівника оперативного підрозділу,

складених на підставі доручення слідчого. Зокрема, протоколи слідчих (розшукових) і негласних слідчих (розшукових) дій, які складені слідчим, мають таке саме доказове значення, як і протоколи, складені працівниками оперативного підрозділу.

Правовими підставами взаємодії слідчого з працівниками оперативних підрозділів є положення чинного КПК України, норми законів України «Про оперативно–розшукову діяльність», «Про Національну поліцію», «Про організаційно–правові основи боротьби з організованою злочинністю» та ін., а також підзаконних нормативно–правових актів, зокрема відомчих наказів, інструкцій, вказівок, розпоряджень то що. Згідно з інструкцією, затвердженою наказом МВС України від 07.07.2017 р. № 575 «Про затвердження Інструкції з організації взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами Національної поліції України в запобіганні кримінальним правопорушенням, їх виявленні та розслідуванні», слідчий під час досудового розслідування кримінальних правопорушень надає відповідним оперативним підрозділам внутрішніх справ, а в разі створення слідчооперативної групи – конкретним співробітникам оперативного підрозділу, включеним до її складу, письмові доручення про проведення СРД і негласних СРД, які є обов’язковими для виконання оперативним підрозділом.

Отже, взаємодія слідчого та оперативних підрозділів у кримінальному провадженні – це заснована на законі та відомчих нормативно–правових актах, а також спільності завдань діяльність, яка передбачає ефективне використання правових заходів, сил, форм, методів і засобів, спрямованих на розкриття, розслідування та попередження кримінальних правопорушень.

Традиційно відрізняють дві форми взаємодії – процесуальна (нормативно–правова) та не процесуальна [3, с. 74].

Отже, належний рівень взаємодії відіграє особливо важливу роль на першочергових етапах проведення СРД: під час затримання, проведення обшуків, допитів, впізнання і т.д. У процесі першочергових СРД оперативні працівники допомагають слідству: у виявленні очевидців і свідків, раніше не відомих слідству за епізодами, що відпрацьовуються, а також у збереженні та

забезпеченні захисту об'єктів – носіїв доказової інформації; у встановленні всіх учасників групи й епізодів злочинної діяльності, одержанні доказів їхньої винуватості; у перевірці причетності підозрюваних до вчинення нерозкритих злочинів; у виявленні намірів підозрюваних та їхніх зв'язків щодо протидії слідству, її нейтралізації, забезпеченні захищеності учасників кримінального процесу, попередженні протиправних дій з боку підозрюваних та їх оточення; у визначенні оптимальних часу й тактики проведення СРД і оперативно-розшукових заходів; у своєчасному реагуванні на спроби підозрюваних уникнути притягнення до кримінальної відповідальності. Взаємодія слідчих і оперативних працівників на першочерговому етапі розслідування злочинів дає змогу закріпити докази винуватості підозрюваних, необхідні для одержання дозволу на арешт та обшук, шляхом проведення СРД і оперативно-розшукових заходів.

Проаналізувавши чинне законодавство щодо підготовки до проведення обшуку, треба зазначити, що отримання інформації у кримінальному правопорушенні є основним видом їх допомоги слідчим підрозділам. Так, можна виокремити обов'язки оперативного працівника щодо отримання інформації про місце знаходження документів та речей, які мають значення для справи; наявність у зазначених місцях схованок (тайників); наявність в осіб, які перебувають у місцях, в яких планується проведення обшуку, певних спеціальних навичок (володіння прийомами рукопашного бою тощо) та зброї; наміри осіб у розпорядженні яких такі речі перебувають. Після отримання такої інформації вона доповідається слідчому, який, у свою чергу, вирішує питання щодо залучення до проведення обшуку працівників спеціальних підрозділів ОВС [238, с. 9].

Також є доречним зазначити, що для всебічного, повного і неупередженого досудового розслідування у складних та великих за обсягом кримінальних провадженнях, а також щодо тяжких та особливо тяжких злочинів, учинених в умовах неочевидності, кримінальних правопорушень, які набули суспільного резонансу або вчинені на території декількох адміністративно-територіальних одиниць України, утворюються СОГ. Метою створення та діяльності СОГ є

здійснення ефективної взаємодії слідчих та працівників оперативних підрозділів поліції під час досудового розслідування у кримінальних провадженнях.

Треба вказати, що процесуальна форма взаємодії слідчих та працівників оперативних підрозділів поліції при проведенні обшуку може здійснюватися шляхом створення СОГ або наданням доручення і є виключно засобом допомоги слідчим підрозділам у проведенні СРД – обшуку.

Серед 110 опрацьованих нами кримінальних проваджень слідчими у 41% було складено доручення, метою якого було надання допомоги при проведенні обшуку. 11% кримінальних проваджень містили накази про створення СОГ (із залученням оперативних працівників до проведення обшуку).

Отже, можна стверджувати, що сьогодні, з урахуванням прийнятих суттєвих реформ чинного кримінального законодавства, актуальним залишається питання щодо вдосконалення організаційних та правових засад досудового розслідування та ОРД, зокрема використання матеріалів діяльності оперативних підрозділів та стадії досудового розслідування. Така діяльність правоохоронних органів спрямована на встановлення фактів вчиненого кримінального правопорушення або такого, що готується шляхом проведення комплексу спеціальних заходів різного спрямування, особливе місце серед яких відводиться СРД.

Використання матеріалів діяльності оперативних підрозділів можливе за умови здійснення відповідних організаційних та тактичних заходів, які визначають пріоритетні напрями виявлення та розслідування, забезпечення такої діяльності достатніми силами і засобами, а також належним рівнем відомчої та міжвідомчої взаємодії оперативних підрозділів з підрозділами досудового розслідування.

Поняття матеріалів ОРД у чинних нормативно-правових актах досі не дійшло свого відображення, що суттєво ускладнює правозастосовну діяльність. На підставі чого ми пропонуємо це поняття визначити як будь-які носії фактичних даних та відомостей, документи, предмети, що містять у собі фактичні дані, та їх носії, які отримуються під час ОРД і зосереджуються в

оперативно-розшукових справах, а також матеріали ОРД, що засвідчують хід ведення оперативно-розшукової справи.

Відповідно до чинного законодавства на стадії досудового розслідування оперативні підрозділи діють лише за дорученням слідчого, прокурора, виконуючи їх доручення на проведення СРД. Матеріали їх діяльності у межах кримінального провадження надані документами, що складені за результатами виконаних дій [32, с. 6].

У п. 2 ч. 2 ст. 99 «Документи» КПК України визначається, що матеріали, в яких зафіксовано фактичні дані про протиправні діяння окремих осіб та груп осіб, зібрані оперативними підрозділами з дотриманням вимог Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», за умови відповідності до вимог цієї статті, є документами та можуть використовуватися у кримінальному провадженні як докази.

Водночас, безпосередні результати оперативно-розшукових заходів є не доказами, а лише відомостями про джерела тих фактів, які, будучи отриманими з додержанням вимог Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», можуть бути доказами тільки після закріплення їх належним процесуальним шляхом, а саме – на основі відповідних норм кримінально-процесуального закону. Тобто, будь-яка оперативно-розшукова інформація може зазнавати легалізації – перетворення в загальнодоступні відомості, зважаючи на її зміст, або засобами ОРД, або кримінально-процесуальними [135].

Отже, треба зазначити, що слідчий досить часто використовує можливості підрозділів, наділених оперативно-розшуковою юрисдикцією. Так, на підставі матеріалів, отриманих у результаті ОРД, можуть прийматися рішення про проведення раніше не запланованих СРД, а також про підвищення ефективності проведення окремих СРД (наприклад, перед обшуком була отримана оперативна інформація про те, де можуть зберігатися знаряддя злочину, тощо) [48].

Підсумовуючи вищевикладене, вважаємо за необхідне сказати, що відповідно до ч. 1 ст. 236 КПК України ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи може бути виконана слідчим чи прокурором. Тобто

законодавець безпосередньо вказує на обмежене коло суб'єктів, які мають право проводити обшук. Залучення співробітників оперативних підрозділів до проведення даної СРД може здійснюватися шляхом складання наказу про утворення СОГ у кримінальному провадженні або доручення, але дані форми не визначають набуття оперативним працівником права на самостійне проведення обшуку, вони залучаються слідчими виключно для надання допомоги у проведенні даної СРД.

У практичній діяльності досить часто виникають питання у сторони захисту, осіб, у яких проводять обшук, щодо допуску оперативних співробітників, які прийшли разом зі слідчим або прокурором, а відомості про них не зазначені в ухвалі про проведення обшуку. Відповідно особи, в яких проводять обшук, мають повне право не пускати оперативних працівників до приміщення. Така відмова у допуску до приміщення, як правило, аргументується посиланням на відсутність таких осіб в ухвалі слідчого судді (на таку обставину вказали 18% опитаних захисників); не доречність посилання слідчого на п. 4 ч. 2 ст. 36, п. 3 ч. 2 ст. 40, ч. 2 ст. 41 КПК України, оскільки підставою проведення обшуку є виключно ухвала суду (19% опитаних захисників); велика кількість учасників при проведенні обшуку у невеликому приміщенні (вказали 9% опитаних захисників); інше (54%).

На підставі викладеного вище вважаємо за можливе рекомендувати працівникам слідчих підрозділів при складанні клопотання про проведення обшуку просити суд прописувати бажану участь оперативного співробітника(ків). Дана СРД завжди має плановий характер, до неї ретельно готуються слідчі і відповідно з урахуванням обсягу проведення обшуку слідчий заздалегідь може розрахувати необхідність залучення такого працівника. Відповідно до сказаного пропонуємо внести зміни до п. 3 ч. 2 ст. 40 «Слідчий органу досудового розслідування», яку викласти у такій редакції:

2. Слідчий уповноважений:

«....

3) доручати проведення слідчих (розшукових) дій (окрім обшуку) та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам; ...»

Внести зміни до ч. 3 ст. 234 «Обшук» КПК України, яку доповнити пунктом 6-1 і викласти у такій редакції:

«3. У разі необхідності провести обшук слідчий за погодженням з прокурором або прокурор звертається до слідчого судді з відповідним клопотанням, яке має містити відомості про:

6-1) посада, звання, ПІБ оперативного співробітника(ків), які будуть надавати допомогу при проведенні обшуку; ...»

Зазначені доповнення на нашу думку, є запорукою об'єктивного розслідування кримінального провадження, яке сприятиме належному виконанню завдань визначених ч. 2 КПК України, а також усуне можливість сторони захисту виявляти недоліки при проведенні обшуку, не допускати оперативних працівників до проведення даної СРД і сприятиме швидкому та законному виконанню покладених на суб'єктів повноважень.

Спробуємо вирізнити повноваження оперативних співробітників, які залучаються до проведення обшуку у кримінальному провадженні. Так, до прав зазначених співробітників можна віднести: бути присутніми при обшуку (у разі визначення їх в ухвалі суду – на законних підставах); спостерігати за проведенням обшуку та особами, які до нього залучені; на будь-якому етапі проведення обшуку допустити захисника чи адвоката, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями ст. 50 КПК України; відкривати закриті приміщення, сховища, речі, якщо особа, присутня при обшуку, відмовляється їх відкрити або обшук здійснюється за відсутності осіб (за вказівкою слідчого, прокурора); проводити вимірювання, фотографування, звуко- чи відеозапис, складати плани і схеми, виготовляти графічні зображення обшуканого житла, іншого володіння особи чи окремих речей, оглядати і вилучати документи, тимчасово вилучати речі, які мають значення для кримінального провадження (за вказівкою слідчого, прокурора); робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу обшуку; опитувати осіб за їх згодою, використовувати їх добровільну допомогу.

Обов'язки оперативних співробітників під час обшуку: дотримуватися засад кримінального провадження (законність, повага до людської гідності;

забезпечення права на свободу та особисту недоторканність; недоторканність житла чи іншого володіння особи; презумпція невинуватості; забезпечення права на захист та ін.); виконувати вказівки, доручення прокурора, слідчого при проведенні обшуку; залучати понятих до проведення обшуку; перевірити пред'явлені понятими документи, що засвідчують їх особу; замінити понятих, якщо вони відмовляються пред'явити документи, що засвідчують їх особу; у межах своїх повноважень відповідно до законів, що становлять правову основу оперативно-розшукової діяльності, вживати необхідних оперативно-розшукових заходів щодо попередження, своєчасного виявлення, припинення і розкриття злочинів та викриття причин і умов, що сприяють вчиненню злочинів, здійснювати профілактику правопорушень; провести обшук особи у присутності адвоката, представника на вимогу такої особи, якщо у цьому є потреба; забезпечити схоронність майна, що знаходиться у житлі чи іншому володінні особи, та неможливість доступу до нього сторонніх осіб; засвідчити підписом складені документи щодо проведеного обшуку.

Ми підтримуємо думку Е. Ф. Іскендерова, який зазначає, що вітчизняний законодавець досить обмежено підійшов до визначення процесуального статусу оперативних підрозділів у кримінальному провадженні та закріплення їх статусу у чинному КПК України [63, с. 175].

Так, згідно з п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК України сторонами кримінального провадження є з боку обвинувачення – слідчий, керівник органу досудового розслідування, прокурор, а також потерпілий, його представник та законний представник у випадках, установлених КПК України; з боку захисту – підозрюваний, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа, щодо якої передбачено застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їх захисники та законні представники [100, с. 119]. Згідно із зазначеним переліком сторін, оперативні підрозділи не дістали свого відображення у ст. 3 КПК України, хоча фактично належать до сторони обвинувачення (1 розділ, 3 глава, 2 параграф) [163, с. 258].

Згідно з тим, що на оперативні підрозділи законодавством покладено широкі повноваження у розслідуванні кримінальних проваджень, і в дійсності вони надають суттєву допомогу слідчим підрозділам, а також згідно з ч. 1 ст. 41 КПК України, де визначено, що оперативні підрозділи органів Національної поліції, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної кримінально-виконавчої служби України, органів Державної прикордонної служби України здійснюють СРД та негласні СРД у кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора, а підрозділ детективів, оперативно-технічний підрозділ та підрозділ внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України – за письмовим дорученням детектива або прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, на нашу думку, є потреба визначити дані підрозділи як сторону обвинувачення у кримінальному провадженні.

Отже, вважаємо за необхідне доповнити п. 19 ч. 1 ст. 3 «Визначення основних термінів Кодексу» КПК України, який викласти у такій редакції:

«...»

19) сторони кримінального провадження – з боку обвинувачення: слідчий, керівник органу досудового розслідування, прокурор, оперативні підрозділи, а також потерпілий, його представник та законний представник у випадках, установлених цим Кодексом; з боку захисту: підозрюваний, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа, щодо якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники; ...»

Зазначені зміни і доповнення, що викладені нами вище, певною мірою посилять гарантії статусу як слідчих, так і працівників оперативних підрозділів, що, у свою чергу, сприятиме належному та законному виконанню покладених на них повноважень у кримінальному провадженні.

2.2. Правові гарантії участі інших учасників при проведенні обшуку

Відповідно до ч. 1 ст. 236 КПК України обшук житла чи іншого володіння особи виконується слідчим чи прокурором. Для участі у проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження. З метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань, слідчий, прокурор для участі в обшуку має право запросити спеціалістів. Слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, права та законні інтереси яких можуть бути обмежені або порушені. Незалежно від стадії цієї слідчої дії слідчий, прокурор, інша службова особа, яка бере участь у проведенні обшуку, зобов'язані допустити на місце його проведення захисника чи адвоката, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями ст. 50 КПК України.

Одже, учасниками при проведенні обшуку є: слідчий чи прокурор (виконують дану СРД); потерпілий; підозрюваний; захисник; представник; інші учасники кримінального провадження (не менше двох понять, особа, яка ініціювала дану СРД); спеціалісти; особи, права та законні інтереси яких можуть бути обмежені або порушені (власник житла чи іншого володіння особи); інша службова особа (наприклад, відповідальна за затриманих осіб).

У цьому параграфі ми розглянемо зазначених учасників, зокрема їх роль при проведенні обшуку, але за браком обсягу нашого дослідження спробуємо стисло виокремити правові гарантії їх участі при проведенні даної СРД у кримінальному провадженні.

Насамперед необхідно зазначити, що предметом правових гарантій учасників, яких ми будемо розглядати, є різноманітні за своєю сутністю їх процесуальні права та обов'язки, що визначаються законом; обов'язки державних органів, юридичних і фізичних осіб щодо їх діяльності.

Отже, при тлумаченні слова «гарантія» треба сказати, що воно походить від французького *garantie* – порука; умова, яка забезпечує щось [252, с. 113].

Зі змісту терміна «гарантія» можна виокремити такі складові: а) порука, б) умова, в) забезпечення.

Порука – це запевнення, гарантія у чому-небудь; взята на себе відповідальність за когось [30, с. 887].

Умова – це: 1) необхідна обставина, яка уможлиблює здійснення, створення, утворення чого-небудь або сприяє чомусь; 2) обставини, особливості реальної дійсності, за яких відбувається або здійснюється що-небудь; 3) правила, що існують або встановлені в тій чи іншій галузі життя, діяльності, які забезпечують нормальну роботу чого-небудь [93, с. 129].

Забезпечення – 1) це створення надійних умов для здійснення чого-небудь; гарантувати щось; 2) захищати, охороняти що-небудь від небезпеки [53, с. 62].

Однак, дослідивши етимологію слова «гарантія», В. В. Введенська наголосила на необґрунтованості ігнорування більшістю вчених–юристів такого його значення як «захист». При цьому вона зазначила, що саме це значення найбільш повно відображає сучасний процес реалізації особою наданих їй прав і свобод [28].

Під правовими гарантіями розуміють також систему закріплених правовими нормами юридичних засобів, яка здатна реально забезпечити реалізацію, охорону та захист суб'єктивних прав особи [4, с. 108], сукупність правових норм, що визначають обсяг прав, свобод та обов'язків громадян, а також, які встановлюють засоби їх реалізації та охорони від будь-яких порушень [258, с. 159; 148].

Юридичні словники визначають правові гарантії таки чином: забезпечення використання громадянами своїх основних прав і свобод [253, с. 389]; соціально-економічні умови, а також політико-юридичні засоби, що забезпечують реальне відтворення прав особи [255, с. 68].

Отже, поняття «гарантія» охоплює всю сукупність об'єктивних та суб'єктивних чинників, спрямованих на реалізацію прав і свобод, на усунення можливих перешкод їх повного або належного здійснення [236].

Розгляд наших інших учасників при проведенні обшуку розпочнемо з потерпілого.

Так, згідно зі ст. 55 КПК України потерпілим у кримінальному провадженні може бути фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано

моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди. Права і обов'язки потерпілого виникають в особи з моменту подання заяви про вчинення щодо неї кримінального правопорушення або заяви про залучення її до провадження як потерпілого.

Розгляд проблемних питань навколо даного статусу триває постійно. Досить багато уваги приділено процесуальному статусу потерпілого у кримінальному процесі в цілому, так і окремим його питанням. Фігура потерпілого у кримінальному процесі завжди викликала значну зацікавленість багатьох науковців як радянських часів, так і сучасності. Саме такі вчені, як М. І. Гошовський, О. Капліна, Л. Д. Кокорєв, О. П. Кучинська, Л. І. Шаповалова, І. І. Потеружа, А. Ратинов зробили вагомий внесок у теорію вчення про потерпілого [150, с. 126].

На нашу думку, доречною, є інформація, що викладена у засобах масової інформації, яка вказує на сумну звітність в період січня – червня 2017 р., «відповідно до якої кількість потерпілих від злочинів у цей період становила 223,7 тис. осіб, серед яких 80,9 тис. – жінки, 13,4 тис. – особи похилого віку та з інвалідністю 1 і 2 груп, 2,6 тис. – неповнолітні та 1,2 тис. – діти до 14 років», – наголошується у повідомленні. Уточнюється, що найбільша кількість потерпілих (66,7%) – від крадіжок і грабежів, серед яких 37,2% – жінки [59].

Ми не будемо зупинятися на детальному розгляді статусу потерпілого, тільки звернемо увагу на його роль та гарантії при проведенні обшуку. Але, на нашу думку, основним питанням, що викликає багато суперечок, є набуття статусу потерпілого у кримінальному провадженні. Це питання потребує внесення певних змін, які ми вважаємо, можна вирішити шляхом уточнення щодо набуття статусу потерпілого.

Виникнення прав і обов'язків потерпілого в особи не є свідченням набуття нею відповідного статусу потерпілого, оскільки набуття певного процесуального статусу має відбуватись у рамках кримінального провадження, а не поза ним, оскільки особа набуває передбачені законом права учасника процесу лише тоді, коли про це буде прийнято відповідне процесуальне

рішення. У законі йдеться про виникнення, зародження передбачених у законі прав і обов'язків потерпілого. Тільки у разі звернення особи із заявою про вчинення щодо неї кримінального правопорушення, особа, яка прийняла відповідну заяву, зобов'язана вручити їй пам'ятку про процесуальні права та обов'язки. Проте в законі нічого не говориться про необхідність з'ясувати в особи, чи зрозумілі вони їй, і в разі необхідності роз'яснити їх, як це відбувається перед початком допиту потерпілого в судовому засіданні, оскільки не розпочато кримінальне провадження. Момент визнання особи потерпілою не може передувати початку досудового розслідування. Подача заяви особою і внесення її до ЄРДР не є одночасною дією. Закон вимагає від особи, яка прийняла заяву, негайно, але не пізніше 24-х годин після подання заяви, повідомлення про вчинення кримінального правопорушення внести відповідні відомості до ЄРДР та розпочати розслідування. Здійснення досудового розслідування до внесення відомостей до реєстру або без такого внесення не допускається, за винятком проведення у невідкладних випадках огляду місця події, що здійснюється негайно після завершення огляду. Тільки після цього можливе остаточне вирішення питання про надання особі відповідного статусу в рамках кримінального провадження, і особа, яка буде приймати це рішення, має переконатись: що мало місце вчинення кримінального правопорушення; яким завдано шкоду; чи є причинний зв'язок між кримінальним правопорушенням і завданою шкодою; що особі завдана та шкода, про яку йдеться у законі; чи відсутня інформація, що особа отримала пошкодження в результаті вчиненого нею кримінального правопорушення; що особа, яка подала заяву, є близьким родичем чи членом сім'ї особи, яка загинула в результаті вчиненого кримінального правопорушення або перебуває у стані, який унеможлиблює подання нею відповідної заяви.

Якщо є очевидні та достатні підстави вважати, що заява про вчинення щодо неї кримінального правопорушення або заява про залучення до провадження як потерпілого подана особою, якій не завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, слідчий або прокурор виносить вмотивовану постанову про відмову у визнанні потерпілим. Отже, надання особі статусу потерпілого у

кримінальному провадженні є результатом прийняття відповідного процесуального рішення, яке слідчий, прокурор приймають у формі постанови, а слідчий суддя, суд у формі ухвали, коли реально створюються відповідні умови і забезпечується можливість особі здійснення передбачених законом прав, їх реалізації.

Враховуючи вищевикладене, вважаємо за необхідне внести зміни до ч. 2 ст. 55 «Потерпілий» КПК України, яку пропонуємо викласти у такій редакції:

« 2. Права і обов'язки потерпілого виникають в особи з моменту винесення слідчим, прокурором постанови про визнання його таким після подання заяви про вчинення щодо неї кримінального правопорушення або заяви про залучення її до провадження як потерпілого. ...»

Ці зміни ніяким чином не зашкодять статусу потерпілого в цілому. На нашу думку, вони зміцнять позиції як для строни обвинувачення, тобто, унормують процесуальне набуття даного статусу, так і для самого потерпілого – складений процесуальний документ (постанова про визнання потерпілим) буде одним із засобів, які гарантують йому реалізацію своїх прав та інтересів у подальшому розслідуванні.

Як зазначає С. Є. Абламський, під реалізацією прав і законних інтересів потерпілого у кримінальному провадженні доцільно розуміти сукупність законодавчо передбачених процесуальних засобів, за допомогою яких здійснюється неухильне дотримання, виконання, використання та застосування учасниками положень правових норм щодо захисту прав, свобод і законних інтересів потерпілого, а також їх відновлення у разі порушення [2, с. 58].

Отже, участь потерпілого при проведенні обшуку є не обов'язковою. На це вказує законодавець у ч. 1 ст. 236 КПК України, де визначено, що слідчий чи прокурор може запросити потерпілого.

Опитані нами респонденти слідчих підрозділів сказали, що лише у 9% ними запрошувалися потерпілі для проведення обшуку і тільки тоді, якщо дана СРД була ініційована ними. Прокурори, які нами були респондовані, сказали, що в 11% (за ініціативою і без неї) запрошували потерпілих до проведення обшуку.

З вивчених кримінальних проваджень тільки в 1% з них наявні дані, що до проведення обшуку запрошувався потерпілий.

Так, ми вбачаємо, що потерпілий може бути запрошений до проведення обшуку, як правило, за власною ініціативою, тобто на підставі клопотання про його залучення до проведення даної СРД. Але і в цьому випадку закон визначає правові гарантії його участі при проведенні обшуку.

Проаналізувавши законодавство, можна сказати, що потерпілий при запрошенні його до проведення обшуку набуває таких прав: бути запрошеним до проведення обшуку; мати представника; бути повідомленим про свої права та обов'язки; робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу обшуку; ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення обшуку; з додержанням вимог КПК України застосовувати технічні засоби при проведенні обшуку; оскаржувати рішення, дії чи бездіяльність слідчого, прокурора.

Відповідно, з набуттям прав на потерпілого покладаються й обов'язки: прибути за викликом до слідчого, прокурора, а в разі неможливості своєчасного прибуття – завчасно повідомити про це; не перешкоджати проведенню обшуку; без дозволу слідчого, прокурора, суду не розголошувати відомості, які стали йому відомі у зв'язку з участю у проведенні обшуку і які становлять охоронювану законом таємницю; без дозволу слідчого чи прокурора залишити місце обшуку до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку.

Отже, треба зазначити, що законом визначено можливість участі потерпілого при проведенні обшуку у кримінальному провадженні. Ця можливість може бути реалізована слідчим чи прокурором, і, як правило, за ініціативою (клопотанням) самого потерпілого. Але доцільність і можливість участі потерпілого у проведенні обшуку у кримінальному провадженні має бути заздалегідь вирішена особами, які вповноважені її проводити. У результаті чого потерпілий, якщо ініціював його залучення, має бути проінформований слідчим чи прокурором про наслідки під час проведення даної СРД за його участі. Насамперед це стосується можливості проведення обшуку у присутності

потерпілого і підозрюваного, в якого проводять обшук (виключити залякування, погрози тощо); тяжкості і складу злочину; наслідків проведеної СРД і т.д. Звісно, слідчий, прокурор готуючись до проведення обшуку у кримінальному провадженні має з'ясовувати всі зазначені обставини і визначати можливість такого запрошення інших осіб до проведення обшуку. Запрошення потерпілого до проведення обшуку у кримінальному провадженні здійснюється відповідно до правил, визначених чинним КПК України.

Наступним учасником, який може бути запрошений до проведення даної СРД у кримінальному провадженні, є підозрюваний.

У ч. 1 ст. 42 КПК України визначено, що підозрюваним є особа, якій у порядку, передбаченому ст. 276-279 КПК України, повідомлено про підозру, особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, або особа, щодо якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй внаслідок невстановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений цим Кодексом для вручення повідомлень.

Проблема процесуального статусу підозрюваного була і є об'єктом наукового інтересу багатьох учених-процесуалістів: В. М. Батюка, О. І. Білоусова, В. В. Велигодського, І. М. Гуткіна, В. Н. Григор'єва, Ю. М. Грошевого, В. С. Зеленецького, В. С. Каманіцина, О. В. Кондратьєва, Ю. Д. Лівшиця, М. Я. Никоненко, С. М. Смокова, С. М. Стахівського, В. М. Тертишника, О. Г. Шила, Г. В. Юркової, П. П. Якімова та інших.

Дійсно статус підозрюваного і його процесуального положення у кримінальному провадженні має широке коли питань, які потребують дослідження. Це і затримання, й обрання запобіжного заходу, застосування інших заходів забезпечення щодо нього. У розрізі даного питання ми зосередимося лише на його правових гарантіях при проведенні обшуку.

Узагальнюючи норми чинного КПК України, хочемо виокремити ряд прав і обов'язків підозрюваного при проведенні обшуку у кримінальному провадженні. Так, до прав підозрюваного треба віднести: участь у проведенні обшуку (можна визначати і як право, і як обов'язок); ознайомлення зі змістом

ухвали про дозвіл на обшук, що має бути здійснене перед проведенням цієї СРД; отримати копію ухвали слідчого судді; бути чітко і своєчасно повідомленим про свої права, передбачені КПК України, а також отримати їх роз'яснення; на отримання правової допомоги захисника; користуватися рідною мовою, отримувати копії процесуальних документів рідною або іншою мовою, якою володіє особа, та у разі необхідності користуватися послугами перекладача; знати відомості про осіб, які беруть участь у проведенні обшуку; робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу обшуку; відмовитися відповідати на запитання; давати пояснення чи в будь-який момент відмовитися їх давати; ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення обшуку; з додержанням вимог КПК України застосовувати технічні засоби при проведенні обшуку; оскаржувати рішення, дії чи бездіяльність слідчого, прокурора; знати про порядок підписання протоколу обшуку (частини 4, 5, 6 ст. 104 КПК України); на вручення другого примірника протоколу обшуку разом із доданим до нього описом вилучених документів та тимчасово вилучених речей (за наявності); на схоронність майна, що знаходиться у житлі чи іншому володінні, та унеможливлення доступу до нього сторонніх осіб.

Під час проведення обшуку підозрюваний зобов'язаний: прибути за викликом до слідчого, прокурора, а в разі неможливості своєчасного прибуття – завчасно повідомити про це; не перешкоджати проведенню обшуку; підкорятися законним вимогам та розпорядженням слідчого, прокурора, слідчого судді, суду; не розголошувати без дозволу слідчого, прокурора, суду відомості, які стали йому відомі у зв'язку з участю у проведенні обшуку і які становлять охоронювану законом таємницю; без дозволу слідчого чи прокурора залишити місце обшуку до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку. Невиконання цих вимог може призвести до притягнення до адміністративної (ст. 185 КпАП України) або кримінальної (ст. 342, 343 КК України) відповідальності.

На окрему увагу в контексті розгляду даного питання заслуговує проблема оскарження дій слідчого, прокурора під час обшуку. Тлумачення ч. 1 та 2 ст.

303 КПК України у їх системному зв'язку дозволяє дійти висновку про те, що скарги на дії слідчого, прокурора під час обшуку можуть бути предметом розгляду під час підготовчого провадження у суді, згідно з правилами статей 314–316 КПК України. Тому особа, у житлі чи іншому володінні якої було проведено обшук, має право на оскарження до суду цих скарг лише під час підготовчого провадження. У зв'язку з цим вважаємо за необхідне наголосити на такому. По-перше, порядок підготовчого провадження, що передбачено вищесказаними статтями, не містить жодного положення щодо розгляду судом скарг на дії слідчого, прокурора під час досудового розслідування. Проте, відсутність порядку розгляду цих скарг перетворює зазначене право особи на оскарження дій слідчого, прокурора у декларацію. По-друге, як свідчить правозастосовна практика, між обшуком та підготовчим провадженням, як правило, проходить досить тривалий час, що істотно перешкоджає отриманню особою ефективного судового захисту її прав і законних інтересів. При порушеннях слідчим установленого законом порядку проведення обшуку, які не пов'язані з вирішенням питання допустимості отриманих доказів, проте таких, що позначаються на законних інтересах особи (наприклад, пошкодження майна під час обшуку, що не викликане необхідністю), остання, по суті, позбавлена можливості оперативно захистити свої інтереси через відсутність у законі відповідної процедури. Це все заслуговує на увагу, оскільки у чинному законодавстві відсутнє положення, що містилося у КПК України 1960 р., відповідно до ч. 2 ст. 183 якого «проводячи обшук, слідчий має право розкривати замкнені приміщення і сховища, якщо володілець відмовляється їх відкрити. При цьому слідчий повинен уникати не викликаних необхідністю пошкоджень дверей, замків та інших предметів». Останнього речення у чинному КПК України немає.

При дослідженні проблеми оскарження дій слідчого, прокурора під час обшуку слід звернутися до практики ЄСПЛ, зокрема, на особливу увагу заслуговує рішення у справі «Кузьменко проти України» від 9 березня 2017 р. 30 січня 2007 р. поліція провела обшук у квартирі заявника в його присутності і вилучила три мобільні телефони, які, на думку заявника, належали йому і

членам його сім'ї. Два телефони були марки Samsung і один з них – Nokia. За словами заявника, у невстановлений день вилучені телефони було повернуто. Заявник також повідомив, що ні він, ні члени його родини ніколи не звинувачувалися у вчиненні кримінального правопорушення і не брали участі у кримінальному судочинстві, що могло б стати підставою для видачі ордера на обшук. 3 березня 2007 р. заявник подав скаргу до районного суду, стверджуючи, що його будинок обшукували без достатніх на те підстав, і він вимагає компенсації моральної шкоди за порушення недоторканності його приватної власності. 5 березня 2007 р. районний суд відмовився розглядати скаргу, посилаючись на відсутність компетенції. Суд зазначив, що всі скарги щодо незаконності процесуальних дій з боку правоохоронних органів, прийнятих у зв'язку з кримінальним розслідуванням, повинні були бути подані в рамках відповідної кримінальної справи на підставі статей 234 і 236 КПК України, чинного на той час. 5 травня 2007 р. Київський апеляційний адміністративний суд відхилив скаргу заявника, і залишив у силі рішення суду першої інстанції. 13 травня 2009 р. Вищий адміністративний суд України відхилив касаційну скаргу заявника. ЄСПЛ постановив, що в цій справі порушено право на справедливий суд, передбачене ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод [164].

Наведене рішення ЄСПЛ свідчить про наявну проблему, що полягає у відсутності в чинному кримінальному процесуальному законодавстві України ефективного механізму судового захисту прав і законних інтересів особи, у житлі чи іншому володінні якої було проведено обшук.

На підставі того, що обшук може бути проведений на будь-якому етапі розслідування, і початковий зокрема, ми хочемо скласти алгоритм дій особи, в якій проводять обшук. Залежно від етапу розслідування статус особи, в якій проводять дану СРД, може бути ще не визначений, але у більшості випадків (86% з проаналізованих нами кримінальних проваджень) обшук проводиться у підозрюваного в житлі чи іншому його володінні. Відповідно особа (підозрюваний), в якій проводять обшук, має право:

- 1) з'ясувати підстави для проведення обшуку (наявність ухвали);

2) отримати копію ухвали на проведення обшуку відповідно до ч. 3 ст. 236 КПК України;

3) відповідно до ст. 59 Конституції України особа, в якій проводять обшук, має право на правову допомогу і може нею скористатися;

4) ознайомитись зі службовими посвідченнями правоохоронців і здійснити порівняння відомостей у службових посвідченнях та ухвалі слідчого судді. Якщо наявні будь-які розбіжності у зазначених документах, це є підстава для не допуску цих осіб до проведення обшуку;

5) відповідно до ч. 7 ст. 223 КПК України обшук здійснюється в обов'язковому порядку за участі двох незацікавлених понятих. Якщо останні є – ознайомитися з їхніми документами. У разі будь-яких сумнівів щодо запрошених понятих вимагати їх заміну. Якщо територія обшуку є значною – вимагати запрошення понятих у необхідній кількості (більше двох);

6) при проведенні обшуку житла чи іншого володіння особи переконатися у тому, що буде здійснена обов'язкова фіксація за допомогою аудіо- та відео, суб'єктами, які вповноважені її проводити;

7) вимагати від слідчого, на підставі ч.1 ст. 236 КПК України, проведення обшуку при присутності всіх осіб, права та законні інтереси яких можуть бути обмежені або порушені (офісне приміщення, де знаходяться багато юридичних/фізичних осіб);

8) у разі наявності видати добровільно речі, які відшукуються. Після того, як усі документи або речі, які будуть добровільно видані й оформлені протоколом, у сторони кримінального провадження будуть відсутні підстави для продовження проведення обшуку.

У цьому контексті є необхідним звернути увагу на чинну редакцію ст. 236 КПК України, яка на відміну від ст. 183 КПК України 1960 р. не передбачає обов'язку слідчого перед проведенням обшуку запропонувати особі видати предмети або документи. Так, ч. 1 ст. 183 КПК України містила таке правило: перед обшуком слідчий пропонує видати зазначені в постанові предмети або документи, а також указати місце, де переховується злочинець. У разі відмови виконати його вимоги слідчий проводить обшук або виїмку в примусовому

порядку. Це положення, на нашу думку, відіграє важливе значення у механізмі забезпечення прав і законних інтересів особи, у житлі або іншому володінні якої має проводитися обшук. Адже видача нею запитуваних предметів чи документів свідчить про досягнення мети обшуку, а відтак – відсутність необхідності проведення будь-яких інших дій, пов'язаних із проникненням до житла чи іншого володіння особи і здійснення в ньому пошуку. На жаль, чинне законодавство не передбачає подібного правила, що з огляду на його правозахисну спрямованість слід вважати прогалиною чинного правового регулювання. Вважаємо, що наявне у ч. 5 ст. 236 КПК України положення щодо того, що обшук на підставі ухвали слідчого судді повинен проводитися в обсязі, необхідному для досягнення мети обшуку, не може вважатися достатнім для захисту інтересів особи, оскільки з нього не випливає обов'язок слідчого перед проведенням обшуку запропонувати особі видати об'єкт обшуку;

9) вимагати проведення обшуку окремо в кожному приміщенні за безпосередньої участі всіх осіб, які мають бути присутніми при проведенні обшуку;

10) при проведенні обшуку вимагати повного та чіткого перерахування в описі вилученого майна, всіх вилучених предметів і документів;

11) перед підписанням протоколу переконатися, що у ньому відсутні порожні місця, навіть самі незначні;

12) відповідно до ч. 8 ст. 236 КПК України, вимагати внесення до протоколу всіх зауважень щодо порушення норм чинного законодавства при проведенні обшуку;

13) відповідно до ст. 104 КПК України підписання обох примірників протоколу понятими є обов'язковим. Тому на підставі ч. 9 ст. 236 КПК України отримати другий примірник протоколу обшуку.

Також при ознайомленні з ухвалою про проведення обшуку необхідно звернути увагу на:

– суд, який видав ухвалу, оскільки обшук може проводитися на підставі ухвали слідчого судді місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого

знаходиться (zareєстрований) орган досудового розслідування як юридична особа (ст. 234 КПК України).

У разі, якщо фактичне місцезнаходження структурного підрозділу органу досудового розслідування відрізняється від zareєстрованого місцезнаходження органу досудового розслідування як юридичної особи, обшук буде проводитися виключно на підставі ухвали слідчого судді місцевого суду за zareєстрованим місцезнаходженням органу досудового розслідування як юридичної особи;

- належним чином засвідчення ухвали про проведення обшуку (ч. 3 ст. 236 КПК України). Ксерокопія ухвали без мокрих печаток суду не дає права на проведення обшуку. Вимагати отримання її копії з мокрими печатками суду;

- дату прийняття ухвали про проведення обшуку, оскільки останній може бути проведений лише протягом місяця з дати прийняття ухвали (ч. 2 ст. 235 КПК України);

- правильність зазначення адреси, власника приміщення і ким воно фактично використовується. Зокрема, будь-яка невідповідність у назві вулиці, будинку, номера приміщення, де надано дозвіл на проведення обшуку з фактичною адресою, не дає права правоохоронцям провести у обшук.

Усі вищенаведені права мають важливе значення в аспекті забезпечення конституційного права на недоторканність житла. Утім, на особливу увагу заслуговує таке право-гарантія, як право на участь захисника (адвоката) при проведенні обшуку, оскільки у разі, якщо особа не має певного процесуального статусу в конкретному кримінальному провадженні, питання участі в обшуку її адвоката в законі чітко не врегульоване [72, с. 84-87].

Як свідчить правозастосовна практика, часті випадки відмови слідчими, прокурорами у допуску адвоката до участі у проведенні обшуку. Хоча у розпорядженні виконувача обов'язків Генерального прокурора України від 22 лютого 2016 р. стверджується, що ці факти є поодинокими. Тим більше, що КПК України не містить прямої норми про допуск адвоката в будь-якому випадку надання правової допомоги до участі у проведенні процесуальних дій під час досудового розслідування.

Сьогодні чинний КПК України у ч. 1 ст. 236 визначає, що незалежно від стадії цієї слідчої дії слідчий, прокурор, інша службова особа, яка бере участь у проведенні обшуку, зобов'язані допустити на місце його проведення захисника чи адвоката, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями ст. 50 КПК України.

Питання допуску адвоката до участі у проведенні обшуку, на нашу думку, необхідно розглянути у двох аспектах. Перший – якщо йдеться про допуск адвоката-захисника підозрюваного, другий – щодо адвоката, який надає правову допомогу своєму клієнтові, що не має процесуального статусу в даному кримінальному провадженні.

У першому із зазначених випадків слід керуватися положеннями ч. 5 ст. 46 та ч. 1 ст. 236 КПК України, згідно з якими захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних дій, що проводяться за участі підозрюваного. Тлумачення цих законодавчих положень у їх системному зв'язку дозволяє дійти висновку про те, що слідчий має право запросити до участі в обшуку підозрюваного та його захисника; якщо обшук проводиться у житлі чи іншому володінні підозрюваного, захисник у силу вищесказаного його процесуального права може безперешкодно брати участь у проведенні цієї СРД.

Більш складна ситуація виникає у разі, коли особа, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, не має чіткого процесуального статусу в даному кримінальному провадженні. У такому випадку зазначені положення КПК України не можуть застосовуватися. Утім, для правильного вирішення цього питання слід виходити із конституційного права людини на надання правової допомоги (ст. 59 Основного Закону), яке, на нашу думку, не може бути обмежене у зв'язку із відсутністю спеціальної правової норми, спрямованої на забезпечення його реалізації.

У юридичній літературі неодноразово висловлювались обґрунтовані твердження, що вимога захисника про його участь у слідчій дії має бути для слідчого обов'язковою [188, с. 34], а відсутність повідомлення про проведення слідчої дії слід розглядати як істотне порушення права на захист [131, с. 6].

Також необхідно відзначити, що відповідно до ч. 2 ст. 46 КПК України, якщо підозрюваний заперечує проти проведення процесуальної дії за відсутності захисника, проведення процесуальної дії відкладається або для її проведення залучається захисник у порядку, передбаченому ст. 53 КПК України.

На думку І. В. Вегера-Іжевської, цю норму загального характеру слід поширити і на порядок проведення обшуку, тобто, якщо особа, у приміщенні якої здійснюється ця слідча дія, заперечує проти її проведення без захисника, то слідчий невідкладно має вжити заходів для його залучення [29, с. 164].

Дана думка заслуговує на увагу, але враховуючи практичний досвід, знову ж таки виникає ряд проблем у його реалізації, що насамперед пов'язаний з терміном «невідкладно». За визначенням законодавця, строк на прибуття захисника становить не більше трьох годин. Питання: що і де робити решті учасників обшуку протягом часу, що відводиться на прибуття захисника?

Доречним є звернення до порівняльно-правового аналізу, що може бути корисним при формулюванні висновків. Наприклад, КПК Республіки Молдова містить окрему статтю під назвою «Особи, які присутні при проведенні обшуку чи виїмки предметів та документів», якою закріплено, що окрім спеціалістів, перекладачів та представників мають право бути присутніми і захисники при всіх діях органу кримінального розслідування і робити з цього приводу зауваження та заяви, які вносяться до протоколу. Важливим є те, що якщо особа, в якій проводиться обшук, потребує присутності захисника, процесуальна дія призупиняється до появи захисника, але не більше, ніж на 2 години. Але в невідкладних випадках, коли існує ризик втрати, псування чи знищення доказів, або коли під загрозою стоїть безпека особи, в якій проводиться обшук, або інших осіб, обшук продовжується із вказівкою на причини цього протоколі [205, с. 127].

Цілком слушною є думка вчених про те, що аналогічний підхід має застосовуватися і до розгляду та розв'язання клопотання особи, в якій проводиться обшук, про участь в обшуку її адвоката. Але слід зважати й на те, що при наявності ухвали слідчого судді про проведення обшуку в житлі чи

іншому володінні особи дії, які перешкоджають проведенню обшуку з боку особи, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, слід визнати законними, якщо дана особа виявить бажання реалізувати надане їй право на участь при обшуку адвоката, а це право не буде реалізоване [7, с. 6].

Зрозуміло, що в даному разі не йдеться про зловживання правом з боку підозрюваного. 17 вересня 2015 р. Консультативною радою при Генеральній прокуратурі України було прийнято рішення № 10-2015, яким визнано такою, що не відповідає принципам розумності, добросовісності та справедливості, існуючу практику органів, які здійснюють досудове розслідування щодо відмови у допуску до участі в проведенні обшуків (оглядів) адвокатів та/або законних представників осіб, які є власниками та/або фактичними володільцями обшукуваного житла (іншого володіння). У зв'язку з цим Консультативна рада звернулася до Генерального прокурора України з проханням видати відповідне методичне роз'яснення для нижчестоящих прокурорів [166].

22 лютого 2016 р. в. о. Генерального прокурора України підписано лист № 0416-36вих-82окв-16, в якому керівникам регіональних прокуратур доручено вжити заходів для недопущення фактів незаконної відмови адвокатам брати участь у проведенні обшуків та інших слідчих дій. Сказане підтверджує, що відмови у допуску адвоката до участі в обшуку непоодинокі і вже мають ознаки системної проблеми, що потребує розв'язання [44].

Слід додати, що згідно з конституційною нормою та принципами кримінального провадження навіть незапрошений, але такий, що фактично прибув, адвокат так само має право на доступ до клієнта в будь-якому разі як під час проведення обшуку, так і під час інших слідчих (процесуальних) дій – затримання клієнта, допиту, пред'явлення особи чи речей для впізнання тощо (ст.ст. 46, 208, 224, 228, 229 КПК України) [142].

Адже нерідко адвокати не можуть потрапити до місця проведення обшуку через недопущення їх не особою, яка здійснює обшук, а працівниками правоохоронних органів, які забезпечують охорону місця проведення СРД. До

речі, у подальшому поясненні не допуску може бути неможливість отримання відповідного дозволу слідчого, який був зайнятий проведенням СРД [229].

До того ж, дуже важливо, щоб адвокат не просто був присутній під час проведення слідчої дії, а саме брав участь у ній [22, с. 10]. Тобто щодо клієнта, який не має процесуального статусу в даному кримінальному провадженні, адвокат міг надати правову допомогу, а щодо підозрюваного – здійснити конституційну функцію захисту його прав, свобод та законних інтересів.

У грудні 2017 р. до КПК України були внесені зміни, що надали можливість адвокатам бути присутніми під час проведення обшуку та зобов'язали правоохоронців проводити обов'язкову відеофіксацію слідчої дії (обшуку). Теоретично ці норми мали запобігти порушенням під час проведення обшуків, але в реальності цього не відбулося. Розглянемо чому.

Практика свідчить, що слідчі під час проведення обшуку приміщень по-різному трактують нововведення щодо присутності адвоката (захисника). Деякі з них вважають, що допуск захисника неможливий, якщо особі, в якій проводиться обшук, не вручена підозра, оскільки у такому випадку адвокат не має статусу «сторони захисту». Інші вважають – якщо перед початком обшуку відсутній договір між адвокатом та клієнтом, то допуск захисника в обшукуване приміщення перебуває під сумнівом. Практика підтверджує, що не кожен слідчий допускає адвоката без наявності договору. Однак обидві трактовки не мають законних підстав для існування. Стаття 59 Конституції України передбачає, що кожен має право на захист і на вибір захисника.

Крім того, закон не забороняє підписати договір на місці проведення обшуку. Існує правова позиція, що договір може бути укладений і в усній формі у порядку п. 2 ч. 2 ст. 27 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Також усна заява, зафіксована на відеозапис про бажання присутності конкретного адвоката, буде мати значення при оскарженні недопуску захисника в суді. За наявності згоди клієнта та договору між ним і захисником слідчі, як правило, не заперечують проти присутності адвоката. Однак КПК України не зобов'язує слідчих очікувати на приїзд захисника.

Щодо ефективності та якості запровадженої відеофіксації обшуку можна стверджувати, що обшук і його фіксація починаються з моменту вручення власникові майна або особі, яка перебуває у приміщенні, ухвали про дозвіл на дану СРД. Тому вхід правоохоронців, який може супроводжуватися певними порушеннями, залишається поза кадром. Після завершення обшуку особі, в якій він проводився, повинні вручити відеозапис, хоча закон на це прямо не вказує. Тому на практиці громадяни отримують лише протокол слідчої дії.

Звідси робимо висновок, що запроваджені зміни до КПК України на сьогодні ще не виправдали себе. Для збільшення їх ефективності необхідне суворе дотримання норм закону працівниками правоохоронних органів та якісне технічне забезпечення правоохоронної системи.

Для адвокатів (захисників) можливі такі варіанти залежно від позиції та інтересів клієнта у конкретній ситуації: або погоджуватись з недосконалістю процедури обшуку, або доводити незаконність процедури і результатів обшуку, посилаючись на недотримання вимог КПК України. У будь-якому разі ці зміни, що прийняті нещодавно до КПК України, мають на меті посилення гарантій захисту осіб, які залучаються до проведення обшуку, і, звісно, у кримінальному провадженні в цілому.

Також цікавим є факт того, що відповідно до доповнених формулювань ч. 1 ст. 107 КПК України містить норму, де сказано: «Право безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису надається стороні захисту». Це формулювання прямо суперечить доповненій ч. 3 ст. 236 КПК України, яка включає положення такого змісту: «Особа, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, має право користуватися правовою допомогою адвоката на будь-якій стадії проведення обшуку».

Отже, якщо буквально тлумачити положення ч. 1 ст. 107 КПК України, то у разі, коли адвокат не є захисником, 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

законом, правилами адвокатської етики та договором про надання правової допомоги, необхідні для належного виконання договору про надання правової допомоги, зокрема застосовувати технічні засоби 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 хід судового засідання в порядку, передбаченому законом.

У зв'язку з викладеним вище пропонуємо внести зміни до ч. 1 ст. 107 «Застосування технічних засобів фіксування кримінального провадження» КПК України, яку викласти у такій редакції:

«... Право безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису надається стороні захисту, особі, в якій проводиться обшук, та його адвокату. ...»

На нашу думку, ці зміни, певним чином вирішать ті проблемні питання, що виникають у кримінальному провадженні при проведенні обшуку у тому разі, коли підозра не пред'явлена, а обшук необхідно провести.

Також варто звернути увагу на те, що реформи в країні 2016 р. призвели до сплеску обшуків не лише у відомих бізнесменів, держслужбовців та політиків, а й у їхніх адвокатів. Відому активність у цьому сенсі проявило Національне антикорупційне бюро України.

У такому ракурсі стали доцільною обізнаність із практикою ЄСПЛ щодо дотримання гарантій адвокатської діяльності.

За аналізом проблем, пов'язаних із обшуком офісів чи інших приміщень адвокатів, суд наголошує на необхідності дотримання гарантій професійної діяльності (зокрема, забезпечення обов'язкової присутності на слідчій дії незалежних осіб – представників органів адвокатського самоврядування, які розмежовуватимуть документи, що відносяться до адвокатської таємниці, від тих, що можуть бути вилучені під час обшуку), а також на чіткому формулюванні в ордері на обшук/ухвалі суду матеріалів, що підлягають вилученню. При цьому, обов'язково мають бути конкретизовані причини вважати місцем знаходження матеріалів, що цікавлять слідство, саме офіс адвоката. Окрім того, суд зазначає на необхідності правоохоронним органам

при зверненні до суду для отримання дозволу на обшук враховувати негативні наслідки такого обшуку, що можуть бути завдані професійній репутації адвоката.

Згідно з п.п. 62, 63 Рішення «Головань проти України» ЄСПЛ визначив, що «відповідні гарантії, зокрема присутність та дійова участь незалежного спостерігача, завжди повинні бути доступними під час обшуку офісу адвоката для забезпечення того, щоб матеріал, який захищається адвокатською таємницею, не було вилучено. При цьому, такий спостерігач повинен мати обов'язкову юридичну кваліфікацію, щоб фактично брати участь у процесі. Крім того, він також має бути зв'язаний адвокатською таємницею, щоб гарантувати захист конфіденційного матеріалу та прав третіх осіб. Нарешті, спостерігач має бути наділений необхідними повноваженнями, щоб бути спроможним запобігти будь-якому можливому втручання в адвокатську таємницю» під час аналізу процесу.

Предметна практика такої участі незалежних спостерігачів, зокрема членів Комітету захисту прав адвокатів у складі Ради адвокатів Київської області свідчить про досить часте ігнорування правоохоронними органами їхніх вимог про дотримання адвокатської таємниці та заяв про недопущення огляду і вилучення відповідних документів. Крім внесення зауважень та заперечень до протоколу обшуку представник органу адвокатського самоврядування не наділений жодними іншими спеціальними повноваженнями. Повноваження запобігти порушенням міг би бути обов'язок зупиняти дії для остаточного вилучення документа до моменту вирішення слідчим суддею питання: чи відноситься такий документ до професійної таємниці. Іншим ефективним засобом відновлення справедливості могло б бути право оскарження неправомірних дій правоохоронців до слідчого судді.

Варто зауважити, що питання порушення права на повагу до житла, гарантованого п. 1 ст. 8 шляхом здійснення обшуку офісу та житлових приміщень адвоката і вилучення документів ЄСПЛ вирішено, зокрема у Рішеннях «Бак проти Німеччини», «Німітц проти Німеччини», «Головань проти України», та додаткових питань не викликає. Зокрема, ЄСПЛ у Рішенні «Бак

проти Німеччини» ЄСПЛ встановив, що «поняття "житло" у п. 1 ст. 8 Конвенції з прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) охоплює не лише приватне житло особи. Він наголошує, що слово *domicile* у французькій версії ст. 8 Конвенції має ширшу конотацію, ніж слово "житло", і може поширюватися, наприклад, на приміщення, в якому особа займається професійною діяльністю». Також, ст. 8 Конвенції поширюється і на офіс адвоката.

Крім того, у Рішенні «Німітц проти Німеччини» ЄСПЛ зазначив, що професійна діяльність адвоката досить тісно пов'язана з приватним життям у розумінні ст. 8 Конвенції. Згідно з п. 37 цього Рішення суд встановив, що при здійсненні обшуку офісу адвоката відбулося посягання на професійну таємницю таим чином, що не співвідноситься з обставинами; у зв'язку з цим суд наголосив, що посягання на професійну таємницю адвоката може мати негативні наслідки при здійсненні правосуддя і тим самим порушувати права, гарантовані ст. 6 Конвенції. У додаток до цього ЄСПЛ зазначив, що супутній розголос факту проведення обшуку адвокатського офісу може негативно вплинути на професійну репутацію в очах як клієнтів адвоката, так і суспільства в цілому. Тому обшук приміщення адвоката у даному випадку становить порушення ст. 8 Конвенції.

Показовим також є Рішення ЄСПЛ у справі «Ромен і Шміт проти Люксембургу». Так, відповідно до тексту даного Рішення, ЄСПЛ встановив, що при здійсненні обшуку офісу адвоката з метою викриття джерел інформації його клієнта-журналіста було не лише порушено право адвоката на приватне життя у розумінні ст. 8 Конвенції, й право, гарантоване ст. 10 Конвенції (свобода вираження поглядів), щодо його клієнта. Окрім того, у даному Рішенні суд встановив, що постанова про проведення обшуку була сформульована з використанням загальних понять, а тому надавала широких повноважень особам, які проводили обшук. Зазначене формулювання червоною ниткою проходить через всі рішення ЄСПЛ щодо здійснення обшуку приміщень адвокатів та є головною підставою для визнання порушення права адвоката,

гарантоване ст. 8 Конвенції (Рішення у справах «Смирнов проти РФ», «Андре та інший проти Франції», «Манчевські проти Молдови»).

Окрім того, ЄСПЛ у п. 47 Рішення у справі «Андре та інший проти Франції» зауважив, що «Конвенція також не забороняє накладати на адвокатів певну кількість зобов'язань, які можуть стосуватись взаємовідносин з їхніми клієнтами. Йдеться, зокрема, про випадки, коли встановлено наявність ознак, що дозволяють припускати залучення адвоката до скоєння правопорушення..., чи в контексті боротьби з окремими видами практики... У кожному випадку заходи з боку правоохоронних органів щодо адвокатів мають бути чітко обмеженими, оскільки адвокати посідають центральне місце у здійсненні правосуддя і їхній статус посередників між підсудними та судами дозволяє кваліфікувати їх як помічників правосуддя».

Враховуючи вищезазначене, з метою забезпечення дотримання гарантій адвокатської діяльності є доцільним звернутися до Верховного Суду України для ініціювання проведення спільних зустрічей для суддів, адвокатів і прокурорів відповідно до пропозицій судді ВССУ Наталії Марчук [138].

Результатом таких зустрічей має стати донесення представникам судової та правоохоронної системи необхідності здійснення перевірки відомостей з приводу того, що обшук приміщень адвоката є необхідною дією у даному кримінальному провадженні і що є вагомі підстави допускати наявність доказів зокрема у приміщеннях, що належать адвокату (в житлі чи в офісному приміщенні). Оскільки, незважаючи на роз'яснення щодо проведення обшуку приміщень адвокатів, викладених в Узагальненні судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи ВССУ від 21.05.2014 р., порушення прав адвокатів з боку як правоохоронців, так і слідчих суддів здійснюється і досі, що є недопустимим у цивілізованому суспільстві [143].

Наступним учасником, який обов'язково залучається до проведення обшуку, є понятій.

Про понятіх у юридичній літературі існує достатньо досліджень, що стосуються їх загального процесуального статусу. Цій проблематиці в Україні

приділяли увагу такі вчені, як: Ю. П. Аленін, В. П. Бахін, О. Л. Булейко, А. А. Котова, Є. Б. Лук'янчиков, В. Т. Малярєнко, С. С. Чернявський та ін. Тому спробуємо дослідити його тільки у рамках нашого питання.

І так, основною правовою гарантією усіх понятих у кримінальному провадженні, насамперед при обшуку, є закріплення його процесуального статусу, що на сьогодні є відсутнім у нормах чинного КПК України.

Отже, посилання на участь зазначених осіб у чинному КПК України відображено в п. 25 ч. 1 ст. 3, де визначено понятого як учасника кримінального провадження, та у ч. 7 ст. 223, де передбачено, що слідчий, прокурор зобов'язаний запросити не менше двох незацікавлених осіб (понятих) для пред'явлення особи, трупа чи речі для впізнання, огляду трупа, зокрема пов'язаного з ексгумацією, слідчого експерименту, освідчування особи. Винятками є випадки застосування безперервного відеозапису ходу проведення відповідної СРД. Поняті можуть бути запрошені для участі в інших процесуальних діях, якщо слідчий, прокурор вважатиме це за доцільне.

Обшук або огляд житла чи іншого володіння особи, обшук особи здійснюється з обов'язковою участю не менше двох понятих, незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної СРД.

Понятими не можуть бути потерпілий, родичі підозрюваного, обвинуваченого і потерпілого, працівники правоохоронних органів, а також особи, зацікавлені у результатах кримінального провадження. Ці особи можуть бути допитані під час судового розгляду як свідки проведення відповідної СРД.

На нашу думку, а її підтримує значне коло вчених-процесуалістів, визначення, що викладене у законі, є доволі малим, з розрахунку тієї ролі, що відводиться даному учаснику. І це, безпосередньо, зумовлює внесення змін і доповнень до чинного КПК України з метою чіткого визначення процесуального статусу понятих, а також створення необхідних умов для об'єктивного та правильного провадження СРД, засвідчення та закріплення доказів.

Не заглиблюючись в історичні нариси виникнення інституту понятих та загальних положень, що тривалий час обговорюються, хочемо відразу

зазначити, що є нагальна потреба для внесення доповнень до чинного КПК України, яка буде передбачати та закріплювати процесуальне становище понятого у кримінальному провадженні.

Тому ми пропонуємо доповнити § 5 «Інші учасники кримінального провадження» ст. 67-1 «Понятий», яку викласти у такій редакції:

«1. Понятим є фізична, повнолітня, незацікавлена у кримінальному провадженні особа, яка запрошується слідчим, прокурором до проведення слідчих (розшукових), у необхідних випадках – процесуальних дій, з метою створення необхідних умов для найбільш об'єктивного і правильного проведення цих дій. Факт засвідчення особи понятого обов'язково вноситься до протоколу слідчої (процесуальної) дії, при проведенні обшуку і фіксується на фото, відеозапису.

Понятий має право: знати, в якому кримінальному провадженні його запрошено; вимагати від слідчого, прокурора роз'яснення сутності цієї дії та її перебігу; спостерігати за діями посадових осіб, які проводять слідчі (розшукові) дії; робити зауваження на дії посадових осіб, висловлювати свою особисту думку при підписанні протоколу слідчої (розшукової) дії; знайомитись із протоколом відповідної слідчої (розшукової) дії; заявляти клопотання про забезпечення безпеки у випадках, передбачених законом; бути проінформованим, про можливість подальшої його участі у кримінальному провадженні як свідок та користуватися, у такому разі, його процесуальними правами.

Понятий зобов'язаний: підтвердити свою особу відповідним документом; володіти державною мовою чи мовою, якою користуються при проведенні слідчої (розшукової) дії; виконувати законні розпорядження особи, яка проводить слідчу (розшукову) дію; не покидати місце проведення слідчої (розшукової) дії без дозволу особи, яка її проводить; підписати протокол відповідної слідчої (розшукової) дії; на вимогу слідчого, прокурора не розголошувати відомості щодо проведеної процесуальної дії».

Відповідно до п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК України понятий належить до учасників кримінального провадження. Проте процесуальний закон не містить визначення

дефініції «понятий», що очевидно є суттєвим недоліком. Викладені вище пропозиції щодо закріплення у законі статусу «понятий» зумовлені усуненням певних суперечок у питанні: чи потрібні поняті, враховуючи науково-технічний прогрес та прагнення України до гармонізації з законодавством країн Європи? Так, ми вважаємо, що дані учасники є важливим стримуючим фактором недопущення порушень законності з боку осіб, які провадять розслідування у кримінальному провадженні.

З урахуванням викладеної нами пропозиції хочемо звернути увагу на те, що відеофіксація при проведенні обшуку була і залишається гарантією захисту як сторони обвинувачення, так і захисту, сприяє зміцненню законності, об'єктивності та неупередженості у розслідуванні кримінального провадження. Відео–фотофіксація встановлення особи понятого та подальшої СРД, у нашому випадку – обшуку, має на меті не тільки посвідчення самої особи, а й детальний аналіз даного запису, який може мати значення у подальшому ході розслідування.

Так, можна привести приклад, коли під час проведення одного з понад 80 обшуків у Києві був запрошений понятим місцевий житель. Він «не розгубився»: під час обшуку в квартирі викрав 20 тисяч гривень.

За словами В. Аброськіна, після цього обшукуваний заявив про зникнення грошей, поліція передивилася відеозйомку обшуку, яка проводилася під час слідчих дій, і затримала злодія [139].

Деякі науковці вважають, що в окремих випадках недоцільно залучати понятих до участі у проведенні обшуку. Так, наприклад, В. Фастовець зазначає, що необхідність участі при проведенні обшуку залежить насамперед від того, чи має її проведення примусовий характер. Так, при добровільній згоді на проведення обшуку залучення понятих є непотрібним та зайвим, адже протокол слідчої дії з переліком вилучених предметів та документів підписується слідчим та особою, в якій вони вилучались. «Проте, у разі примусового проведення обшуку... питання участі понятих залишається актуальним» [231, с. 81].

Ми категорично не погоджуємося з цією думкою. По-перше, обшук завжди має примусовий характер незалежно від того, надала чи ні особа згоду на проведення цієї СРД. По-друге, поняті повинні бути присутніми вже під час входу слідчого до житла та пред'явлення його власнику копії ухвали слідчого судді про проведення обшуку, тобто до того моменту, коли з'ясується, чи надає він добровільно згоду на його проведення.

В юридичній літературі висловлені тактичні рекомендації щодо участі понятих під час проведення обшуку. Так, наприклад, В. Шарун пропонує перед початком обшуку максимально сконцентрувати увагу понятих на поставленому завданні, визначити їх розташування у приміщенні, де проводиться обшук, забезпечити належне спостереження понятими всіх пошукових дій із самого початку слідчої дії [244, с. 120-121].

Не піддаючи сумніву правильність цих тактичних рекомендацій, О. Булейко зазначає, що «ефективність їх реалізації повною мірою залежить від особистого ставлення понятого до покладеного на нього завдання, його психофізіологічної, моральної готовності реалізувати свої процесуальні права та обов'язки. На практиці досягти стовідсоткової уваги та віддачі понятого під час слідчої дії вкрай важно із-за цілого ряду об'єктивних та суб'єктивних причин...» [24, с. 61].

Зазначені вище тактичні рекомендації щодо участі понятих під час проведення обшуку потребують деталізації. Перед початком обшуку слідчий має роз'яснити понятим особливості їх пересування на місці його проведення. В юридичній літературі зазначається, що пересування на місці проведення обшуку та інших слідчих дій – це наука [126, с. 25; 122, с. 141]. Довільне, неграмотне пересування понятого під час проведення слідчих дій може призвести до пошкодження, знищення слідів злочину або інших небажаних наслідків [39, с. 432-444].

Заслуговує на увагу й питання: як саме понятий може спостерігати за діями слідчого або інших посадових осіб, які проводять СРД? Тут вже думки різних науковців і практичних працівників досудового розслідування, прокуратури та суду розходяться. Не вдаючись до дискусії з цього приводу,

наведемо думку экс-голови Верховного Суду України В. Т. Маляренка: «Закон ... не регламентує поведінку понятого під час слідчої дії і не зобов'язує його слідкувати за кожним рухом осіб, які беруть у цьому участь. Поняті в багатьох випадках і не в змозі цього зробити, оскільки об'єкт, в якому провадяться обшук чи огляд, може бути великим і складним, а то й недосяжним для понятого. Не кожна людина вміє слідкувати за діями іншої людини. Більше того, законодавець і не може зобов'язати понятих бути постійно поряд з особами, які проводять слідчу дію, оскільки при огляді місця події, квартири, будинку, при обшуках, особливо після вибухів, пожеж тощо, не всяке «топтання» корисне для правосуддя та безпечне для понятого. У зв'язку з викладеним судді повинні бути обережними у своїх висновках при оцінці показань понятих і не спішити обвинувачувати дізнавача, слідчого чи інших осіб у тому, що вони нібито підкинули наркотики, зброю, боєприпаси чи вчинили інші незаконні дії, тільки тому, що факту знайдення і вилучення цих предметів поняті не бачили [125, с. 119–120].

Ми цілком погоджуємося з цим висловлюванням, а для більшої переконливості і виходячи з практичного досвіду роботи хочемо зазначити, що якщо поняті відволіклись чимось і не помітили коли і де був знайдений якийсь предмет чи річ, необхідно до їх безпосереднього вилучення звернути увагу понятих на місце, де ці речі знаходяться, і на їх стан, як вони виглядають, щоб понятий, у разі його допиту у суді в як свідка, міг це підтвердити.

У КПК України з'являється новий учасник кримінального провадження – «інша особа, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування». Тобто особа, щодо якої (зокрема її майна) вчиняються процесуальні дії, визначені КПК України. Дотепер особи з таким статусом у КПК України не згадувалися, що уможливлювало порушення їхніх прав через відсутність передбаченої процедури захисту.

До таких осіб можуть належати: статисти під час проведення впізнання; особи, щодо яких здійснюється досудове розслідування, проте про підозру їм не повідомлено; особи, в яких проводиться обшук; інші особи, які беруть участь у кримінальному провадженні.

Причому, законодавцем передбачено можливість оскарження таким суб'єктом дій органу досудового розслідування в порядку, визначеному п. 1 ч. 1 ст. 303 КПК України. Інакше реалізація таких гарантій була б неможлива.

Крім того, особа, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук, зможе послуговуватися правовою допомогою адвоката на будь-якій стадії його проведення. Щоправда, такі вимоги уже закріплено Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів». Адвокат має бути допущений до обшуку на будь-якій стадії, що є логічним завершенням непоодиноких спорів між адвокатською спільнотою та правоохоронними органами [192].

У даному параграфі ми розглянули основних учасників, які залучаються до проведення обшуку. Спробували надати певні правки до чинного законодавства, які, на нашу думку, будуть сприяти законному та об'єктивному проведенню даної СРД. У зв'язку з визначенням обсягом нашого дослідження інші учасники, які можуть бути запрошені до проведення обшуку, а саме, їх правові гарантії під час обшуку, ми викладемо у додатку нашого дослідження.

2.3. Процесуальне керівництво та судовий контроль при проведенні обшуку

Прокурор є активним учасником кримінального провадження, покликаним забезпечувати законність усіх процесуальних дій, а також стежити за недопущенням необґрунтованих обмежень конституційних прав і свобод людини і громадянина.

На думку М. І. Смирнова, участь прокурора у досудовому провадженні забезпечується за допомогою наглядових повноважень: запобігання, своєчасне виявлення й усунення можливих порушень закону, забезпечення законності всього досудового розслідування (мета нагляду); за допомогою повноважень, пов'язаних із процесуальним керівництвом, – швидке, повне та неупереджене досудове розслідування кримінального правопорушення (мета процесуального керівництва) [179, с. 134].

Вважаємо правильною думку О. Торяника, який визначає, що нагляд прокурора за проведенням СРД являє собою діяльність щодо виявлення фактів порушень вимог закону під час прийняття рішень про проведення СРД, реагування на такі порушення, а також попередження допущення порушень закону під час проведення СРД. Така діяльність прокурора у кримінальному провадженні забезпечує своєчасне і кваліфіковане проведення СРД, суворе дотримання при цьому вимог закону, що є запорукою здійснення ефективного досудового розслідування [200, с. 121-122].

Говорячи про співвідношення понять «процесуальне керівництво з боку прокурора досудовим розслідуванням» і «нагляд прокурора за додержанням законів при проведенні досудового розслідування», по-перше, треба зазначити, що вони ідентичні, оскільки і процесуальне керівництво, і нагляд мають спільне завдання – забезпечення суворого додержання кримінального процесуального закону і правильне застосування норм кримінального та іншого матеріального права органами досудового розслідування. По-друге, процесуальне керівництво розслідуванням з боку прокурора передбачає, що він наділений владними повноваженнями, використовуючи які має забезпечити законність і обґрунтованість процесуальних рішень органів досудового розслідування і, відповідно, для виконання цього завдання він має повноваження щодо скасування незаконних і необґрунтованих рішень слідчого. По-третє, у цьому контексті процесуальне керівництво досудовим розслідуванням правомірно розглядати як один із засобів реалізації прокурором функції нагляду за додержанням законів органами розслідування. І по-четверте, в цих ідентичних поняттях різниця полягає у наглядових повноваженнях прокурора, які, з одного боку, забезпечують відповідність кримінально-процесуальної діяльності апаратів досудового розслідування завданням кримінального судочинства, наведеним у ст. 2 КПК України, а з іншого – забезпечують додержання вимог закону у кримінальному провадженні [9, с. 71].

Наразі особливо гостро виникає питання забезпечення прокурором збирання під час досудового розслідування допустимих доказів. Правозастосовна діяльність органів досудового розслідування засвідчує, що

одним із найпоширеніших засобів збирання доказів є обшук. Прокурор під час організації та процесуального керівництва обшуком виконує подвійне завдання. По-перше, прокурор зобов'язаний під час проведення обшуку забезпечити дотримання прав і свобод людини та громадянина, а по-друге – досягти поставленої перед досудовим слідством мети. Як бачимо, зазначений обов'язок сформував перед прокурором завдання – забезпечити гармонійний баланс приватних і публічних інтересів. Перешкодою на шляху ефективного виконання поставленого перед прокурором завдання, як обґрунтовано зауважує О. В. Керевич, є те, що положення КПК України дають змогу по-різному підходити до вирішення одних і тих самих питань [68].

Зважаючи на це, прокурору під час виконання подвійного завдання доцільно з'ясовувати: 1) правову підставу проведення обшуку в приміщенні, житлі чи іншому володінні особи, службових чи виробничих приміщеннях підприємств, установ, організацій, місцевості (городу, саду, подвір'я, ділянок лісу, полі), особистого обшуку; 2) уповноваженого суб'єкта на безпосереднє проведення обшуку; 3) підготовку організації проведення обшуку; 4) межі обшуку; 5) можливу протидію проведенню обшуку; 6) кількість проникнень у житло, приміщення на підставі однієї ухвали для проведення обшуку; 7) об'єкти пошуку; 8) об'єкт обшуку; 9) фіксацію обшуку.

Це зумовлює суттєві проблеми у правозастосовній діяльності прокурора щодо розуміння сутності організації й процесуального керівництва обшуком.

В юридичних джерелах уже тривалий час приділяється увага проблемним питанням діяльності прокурора у механізмі проведення обшуку. Зокрема, складові елементи діяльності прокурора під час проведення обшуку були предметом дослідження таких відомих вчених, як: Ю. П. Аленіна, В. Д. Берназа, Є. Д. Лук'янчикова, В. Т. Маляренка, В. Т. Нора та ін.

У наукових колах не вщухають дискусії щодо питання нагляду прокурора у формі процесуального керівництва на досудовій стадії кримінального провадження за дотриманням прав і свобод людини та громадянина, а також законністю рішень, прийнятих слідчим [174, с. 108-114].

Фактично, коли проводяться невідкладні СРД, головна роль прокурорського нагляду полягає насамперед у процесуальному керівництві процесом розслідування, а не в безпосередньому прокурорському нагляді за дотриманням слідчим законів під час досудового розслідування [82].

Поняття процесуального керівництва прокурора слід розуміти як організацію процесу досудового розслідування, визначення напрямів розслідування, координацію процесуальних дій, сприяння створенню умов для нормального функціонування слідчих, забезпечення дотримання у процесі розслідування вимог законів України [99, с. 120].

Слід погодитися з думкою В. М. Юрчишина, який вважає, що процесуальне керівництво – це впорядкування досудового розслідування з використанням не внутрішніх організаційно-управлінських повноважень прокурора, які виконують за межами кримінального провадження, а специфічних кримінально-процесуальних повноважень владно-розпорядчого характеру, закріплених ст. 36 КПК України. Це різні види керівництва як за спрямованістю, так і за змістом [256, с. 28].

Так, у ст. 12 Загальної декларації прав людини зазначається, 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), а 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. Порушення недоторканності житла чи іншого володіння громадян спричиняє також кримінальну відповідальність за ст. 162 КК України [68].

У контексті міжнародних стандартів необхідно констатувати, що кримінальне процесуальне законодавство України як гарантії захисту прав та інтересів особи встановлює певний порядок проникнення у житло чи інше володіння особи та певний порядок проведення обшуку [197, с. 64], відхилення

від яких може призвести до визнання в подальшому отриманих відомостей під час проведення обшуку недопустимими.

Складним моментом у діяльності прокурора під час проведення обшуку є те, що кожна така СРД з огляду на об'єкти пошуку та обшуку, матеріали кримінального провадження є індивідуальною та неповторною, за результатами якої отримується інформація, яка в подальшому становить доказову базу у справі. Одним із законодавчо закріплених критеріїв допустимості доказів є проведення СРД уповноваженою особою.

Тому, в цьому аспекті підлягає запереченню позиція О. В. Швидкова про те, що відповідно до ст. 41 КПК України правом на проведення обшуку можуть наділятися уповноважені оперативні підрозділи на підставі доручення слідчого, прокурора, наданого у порядку, встановленому законом [245., с. 4].

Кримінальний процесуальний закон передбачає чіткий перелік уповноважених суб'єктів на проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи, про що ми уже говорили вище. Зокрема, у ст. 236 КПК України наголошується на виключному праві слідчого та прокурора виконувати ухвалу про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи через наділення зазначених суб'єктів комплексом прав та обов'язків, наприклад, вжиття належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, права та законні інтереси яких можуть бути обмежені або порушені, визначення часу проведення обшуку, а також безпосереднім правом на прийняття рішення за наявності достатніх підстав провести особистий обшук. Таке спеціальне виключення з обсягу повноважень співробітників оперативного підрозділу під час проведення обшуку свідчить про обмежений характер положення, передбаченого у частинах 1, 2 ст. 41 КПК України, де під час виконання доручення оперативники користуються повноваженнями слідчого.

Визначаючи роль прокурора у механізмі проведення обшуку, доцільно зазначати, що для виявлення можливості приховати від слідства, знищити, фальсифікувати документи, що мають доказове значення, обшуки слід

проводити раптово, одночасно у всіх співучасників декількома групами відповідно до плану СРД [116, с. 187].

Тому прийняття рішення про проведення одночасних обшуків ніяк не можна пов'язувати з колом осіб, які брали участь у вчиненні злочину [123, с. 229]. Ця слідча дія вимагає високої дисциплінованості всіх учасників, що забезпечує одночасність обшуків і повну погодженість окремих пошукових груп [114, с. 324].

Утім, сьогодні набувають широкого застосування загальні засади кримінального судочинства. Зокрема, якщо під час проведення обшуку житла на підставі ухвали слідчого судді виявляються ознаки кримінального правопорушення, яке не розслідується у цьому кримінальному провадженні, то отримана інформація використовується в іншому кримінальному провадженні на підставі ухвали слідчого судді, яка постановляється за клопотанням прокурора.

Характеризуючи роль прокурора у забезпеченні законності під час проведення обшуку, необхідно врахувати два моменти:

- 1) прокурор здійснює нагляд за додержанням законності;
- 2) прокурор бере безпосередню участь у процесі проведення обшуку.

Отже, під час проведення обшуку прокурор повинен забезпечити дотримання процесуального порядку здійснення цієї СРД (особливо важливими серед яких є ідентифікація об'єкта обшуку та об'єкта пошуку, забезпечення присутності понятих та володільців обшукуваного об'єкта, роз'яснення зазначеним суб'єктам їхніх прав та обов'язків, чітка деталізація вилучених об'єктів у протоколі обшуку та забезпечення їхньої схоронності тощо). Результативність досягнутої мети відповідно до завдань обшуку відображається у протоколі. Варто зазначити, що згідно з положеннями КПК зміст протоколу як один із процесуальних джерел доказів оцінюється на предмет належності, допустимості та достовірності. Важливість здійснення цієї оцінки є тим критерієм, за результатами якого можна дійти об'єктивного висновку про рівень виконання покладених на прокурора завдань [86, с. 127].

Як свідчить попередній аналіз, у цілому доречно говорити про дві форми взаємодії слідчого з прокурором: процесуальну та непроцесуальну. Процесуальна форма взаємодії між слідчим і прокурором здійснюється на національному та міжнародному рівнях. З цього питання слід пам'ятати, що окремі аспекти міжнародного співробітництва під час кримінального провадження регулюються розділом IX КПК України.

До того ж, взаємодія між слідчим і прокурором відбувається на підставі інших нормативно-правових актів: Положення про порядок ЄРДР, затвердженого наказом Генеральної прокуратури України від 06.04.2016 № 139 [152], Порядку взаємодії між органами внутрішніх справ, закладами охорони здоров'я та прокуратури України при встановленні факту смерті людини (наказ від 28.11.2012 р. № 1095/955/119), [153], наказом Генеральної прокуратури України від 19.12.2012 р. № 4гн «Про організацію діяльності прокурорів у кримінальному провадженні».

Що стосується взаємодії прокурора із слідчим суддею під час здійснення нагляду за дотриманням конституційних прав і свобод особи у разі провадження обшуку, то варто зазначити таке. Виключне право суду на надання дозволу на проведення обшуку покладає на прокурора обов'язок забезпечити в суді обґрунтованість необхідності проведення тих чи інших процесуальних дій, які обмежують конституційні права і свободи громадян. Без погодження з прокурором слідчий не може самостійно звернутися до слідчого судді з клопотанням про проведення обшуку, що забезпечує контроль з боку прокурора за діяльністю слідчого і недопущення прокурором звернення до суду з необґрунтованими клопотаннями, що стосуються обмеження конституційних прав особи. Згода або незгода прокурора зі зверненням до слідчого судді з відповідним клопотанням виражається у вигляді відповідної резолюції на клопотанні, складеному слідчим [200, с. 121].

Сама процедура розгляду слідчим суддею клопотання про проведення обшуку також передбачає присутність у судовому засіданні прокурора під час розгляду відповідного клопотання та надання прокурором належного обґрунтування перед судом необхідності її проведення або іншої процесуальної

дії. Якщо прокурор у судовому засіданні належним чином не обґрунтує наявність підстав для обмеження конституційних прав і свобод людини шляхом проведення обшуку, то слідчий суддя відмовляє у задоволенні відповідного клопотання.

Так, наприклад, слідчий суддя Ковпаківського районного суду м. Суми, розглянувши клопотання сторони кримінального провадження – прокурора А. про надання дозволу на проведення обшуку за місцем фактичного проживання О. у квартирі, яка на праві власності належить Н., з метою відшукування підозрюваного О., встановив, що прокурор не довів наявність достатніх підстав вважати, що О. знаходиться у зазначеному в клопотанні місці. Крім того, прокурор не надав суду жодних доказів того, що О. оголошено в розшук через його неявку до органів досудового слідства чи прокуратури. Отже, слідчий суддя дійшов висновку, що на даній стадії досудового розслідування не доведено необхідність проведення обшуку, і тому у задоволенні клопотання прокурора А. відмовив [225].

На підставі системного аналізу відповідних норм законодавства, результатів вивчення матеріалів слідчо-судової та прокурорської практики, а також наукових джерел, можливо зробити висновок про такі форми участі прокурора у проведенні СРД, як: 1) доручення прокурора на їх проведення; 2) давання вказівок прокурором щодо їх проведення; 3) участь прокурора у їх проведенні; 4) особисте проведення прокурором СРД [83, с. 119-121].

У зв'язку з обмеженими можливостями написання дослідження ми не будемо зупинятися на даному питанні, хоча воно заслуговує на увагу з боку вчених-науковців.

Також хочемо вказати на деякі питання та недоліки у діяльності прокурорів при підготовці та проведенні обшуку у кримінальному провадженні.

Закріплюючи участь слідчого або прокурора, як обов'язкову умову розгляду клопотання про обшук (ч. 4 ст. 234 КПК України), законодавець водночас не регламентував дій слідчого судді у разі відсутності слідчого або прокурора у визначений для розгляду клопотання час. Наведена обставина пояснює факти існування різних процесуальних рішень, які приймаються

слідчим суддею внаслідок неприбуття слідчого або прокурора до суду, а саме: ухвал про залишення клопотання без розгляду та ухвал про відмову в задоволенні клопотання. При вирішенні аналізованого питання слідчими суддями на практиці відповідна неявка слідчого або прокурора розглядається як фактично невиконання цими суб'єктами обов'язку довести обставини, передбачені ч. 5 ст. 234 КПК України, яке, у свою чергу, позбавляє слідчого суддю можливості повно та всебічно з'ясувати сукупність обставин, з якими закон пов'язує вирішення питання про надання дозволу на обшук і тому фактично є підставою для відмови у задоволенні клопотання про обшук.

На підставі викладеного пропонуємо внести зміни до ч. 4 ст. 234 «Обшук» КПК України, яку викласти у такій редакції:

«4. Клопотання про обшук розглядається у суді в день його надходження за *обов'язковою* участю слідчого або прокурора.» А також доповнити цю статтю ч. 7, яку викласти у такій редакції:

«7. Неявка слідчого або прокурора розглядається, як невиконання ними обов'язку довести обставини, передбачені ч. 5 цього Кодексу, що позбавляє слідчого суддю можливості повно та всебічно з'ясувати сукупність обставин для вирішення питання про надання дозволу на обшук».

Також слушною є думки М. А. Погорецького та Ю. А. Кушнерника, які зазначають, що проблемним питанням участі прокурора в затриманні й обшуці особи, яку застали на місці вчинення злочину або одразу після його вчинення, є те, що ч. 3 ст. 208 КПК України передбачає повноваження прокурора здійснити обшук затриманої особи з дотриманням відповідних правил, передбачених КПК України. Не зрозумілим є: чи має прокурор виключне право здійснювати такий обшук особисто або також керуючись повноваженнями, закріпленими також у ч. 2 ст. 36 КПК України, має право брати участь у його проведенні, давати вказівки щодо такого проведення тощо. На їх думки, з метою однозначного практичного застосування вищевикладених положень КПК України необхідно внести відповідні доповнення до ч. 3 ст. 208 КПК України та надати повноваження прокурору не лише особисто здійснити обшук затриманої особи, а й брати участь у його проведенні [149, с. 84].

На нашу думку, не зрозумілою, була ситуація, яка явно містила незаконні дії працівників, що у результаті може привести до негативних наслідків у розслідуванні кримінального провадження. Так, у Волинському окружному адміністративному суді заявляють, що обшуки, які проводилися у будівлі 23 лютого 2018 р., були здійснені з порушенням законодавства. Зокрема, невідомі особи, які ввірвалися в будівлю, були одягнені в цивільний одяг без будь-яких розпізнавальних знаків та не пред'явили службових посвідчень, погрожували працівникам суду та чинили на них моральний тиск. Також зазначається, що правоохоронці у кабінеті голови суду перебували тривалий час без присутності будь-кого з працівників суду, і лише згодом запросили понятих. При цьому ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук приміщення не було.

Про це йдеться у заяві прес-служби суду. Як наголошують у Волинському окружному адміністративному суді, такі дії співробітників прокуратури можна вважати такими, що спрямовані на втручання у процес здійснення правосуддя суддями шляхом вчинення на них тиску. Зазначається, що таким чином прокуратура намагається вплинути на об'єктивність прийняття судом рішень в окремих справах, які перебувають на розгляді в суді [141].

Навіть не знаючи всіх обставин кримінального провадження, можна констатувати явні порушення з боку осіб, які проводили дану СРД, що є не припустимим у кримінальному процесі. Так, із заяви прес-служби можна зробити витяги порушень чинного законодавства: «ввірвалися невідомі особи; не пред'явили службових посвідчень та будь-яких інших документів, проникли в приміщення; висловлювали погрози, чинився моральний тиск; вибили двері (запасний вихід); поняті та особу, яка здійснювала відеозапис запросили через певний час, і тільки тоді було оголошено, що буде проводитись слідча дія – огляд приміщення; вилучено документи, комп'ютерна техніка та жорсткий диск із записами камер відеоспостереження, розміщених у приміщенні суду».

Вищенаведені дії працівників прокуратури та поліції є порушенням вимог статей 233, 237 КПК України та свідчать про проведення не огляду, а обшуку службового кабінету голови суду та суміжного з ним приміщення. При цьому ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук приміщення не було [141].

З огляду на вимоги Конституції України і міжнародних документів у галузі захисту прав людини та кримінальної юстиції підвищується роль суду в механізмі охорони прав та законних інтересів особи, що можуть бути обмежені на досудових стадіях кримінального процесу. Традиційно вважається, що крім функції правосуддя, суд у кримінальному процесі здійснює ще одну, не менш важливу функцію – функцію судового контролю. Це означає, що судовий контроль на стадії досудового слідства має гарантійний правоохоронний характер як щодо людини і громадянина, так і щодо правосуддя у кримінальних справах, оскільки він покликаний не допустити незаконного обмеження конституційних прав учасників кримінально-процесуальної діяльності, а у разі необхідності – швидко й ефективно їх відновити [202].

Активно досліджували питання судового контролю за дотриманням прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження такі вчені: В.Г. Гончаренко, М.М. Михеєнко, Ю.М. Грошевий, В.І. Галаган, О.Р. Михайленко, В.М. Савицький, М.С. Строгович, В.В. Назаров, М.А. Погорецький, С.В. Гончаренко, Ю.В. Скрипіна, В.І. Чорнобук та ін.

Судовий контроль – це регламентовані нормативно-правовими актами правовідносини, що виникають при його здійсненні між судом та оперативними підрозділами при виконанні їх функцій. Фактично – це спосіб, у який суд при розгляді конкретного питання, конкретної справи має можливість реагувати на ті порушення, що допускаються у сфері здійснення владних повноважень, і відповідним чином коригувати правовідносини [42].

М. Г. Шавкун стверджував, що судовий контроль за досудовим розслідуванням – це система процесуальних дій і рішень суду, що спрямовані на перевірку кримінально-процесуальної діяльності органів досудового розслідування, виявлення, аналіз та усунення порушень кримінально-процесуального закону [242, с. 21].

В. Корсун вважає, що судовий контроль на досудових стадіях кримінального процесу – це особливий вид судової діяльності, спрямований на забезпечення прав, свобод та законних інтересів особи, а також їх захист і

відновлення у разі порушення органом дізнання, слідчим, прокурором [95, с. 195].

Для сприяння реалізації завдань чинний КПК України вводить у сферу вітчизняного кримінального процесу нового процесуального суб'єкта – слідчого суддю, на якого покладає повноваження для здійснення судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні (п. 18 ч. 1 ст. 3) [171, с. 1].

Слід зазначити, що механізм судового контролю за проведенням певних СРД є більш прогресивним і дещо удосконаленим порівняно з КПК України 1960 р. саме механізмом захисту прав особи під час досудового розслідування. Законодавець розділив суб'єктну компетенцію щодо ініціювання та надання дозволу на проведення СРД, що однозначно виключає свавільне втручання у права особи з боку сторони обвинувачення під час досудового розслідування, збирання недопустимих доказів. При цьому, сутність судового контролю за проведенням цих дій, який здійснює слідчий суддя, зводиться до оцінки наданих стороною доказів, перевірки підстав для проведення СРД та за їх результатами – наданні дозволу на її проведення чи відмову у його наданні [118, с. 567].

Інститут судового контролю регулюється рядом міжнародних документів, зокрема загальними документами ООН щодо захисту прав і свободи людини та організації правосуддя, документами Ради Європи, ЄС, що присвячені судовій системі [175, с. 16].

Після набрання чинності КПК України слідчий суддя набув статусу однієї з ключових фігур у кримінальному процесі, особливо на стадії досудового розслідування, оскільки більшість процесуальних рішень приймається саме слідчим суддею. А виходячи із призначення слідчого судді у кримінальному процесі, всі слідчі та інші дії, які обмежують конституційні права людини, повинні проводитися винятково за його рішенням.

Отже, судовий контроль під час обшуку – це регламентовані чинним законодавством правовідносини, що виникають при зверненні слідчого чи прокурора з клопотанням про проведення обшуку, сутність якого полягає у

дослідженні і перевірці законності та обґрунтованості всіх приводів та підстав, оскільки це обмежує конституційні права особи [83, с. 121].

Доречним є зіслатися на судову статистику щодо розгляду клопотань слідчими суддями про обшук. Так, упродовж I півріччя 2017 р. Комсомольським міським судом розглянуто 176 клопотань органів досудового розслідування з різних питань, з яких задоволено 36 клопотань про обшук житла [62].

За період з 01.01.2016 до 10.03.2016 р. Апостолівським районним судом Дніпропетровської області було розглянуто 32 клопотання слідчих про обрання запобіжних заходів, про проведення обшуків та інше [151].

Зібравши всі ухвали про надання дозволів на обшук у судовому реєстрі за ключовими словами, можна зазначити, що за останні два роки було опубліковано всього менше тисячі справ: 422 – у 2016 і 250 – у 2017. Найбільша проблема у зборі подібної статистики – судові рішення про обшуки публікуються із затримкою, яка може досягати кількох років. Відповідно, і за 2016 р., і за 2017 р. до цього часу немає оприлюднених усіх ухвал.

Інші дані (2013-2017 рр.) викладені у додатку Б [173].

Як відомо, при проведенні обшуку житла можуть обмежуватися право на недоторканність житла чи іншого володіння особи, право власності. Саме тому ч. 2 ст. 234 КПК України передбачено, що обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді. Крім того, така ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи з підстав, зазначених у клопотанні прокурора, слідчого, надає право проникнути до житла чи іншого володіння особи лише один раз. До постановлення ухвали слідчого судді увійти до житла чи іншого володіння особи слідчий, прокурор має право лише у невідкладних випадках, пов'язаних: порятунком життя людей; порятунком майна; безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину.

У такому випадку прокурор, слідчий за погодженням із прокурором зобов'язаний невідкладно після здійснення таких дій звернутися з клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді. Якщо прокурор відмовиться погодити клопотання слідчого про обшук або слідчий суддя відмовить у

задоволенні клопотання про обшук, встановлені внаслідок такого обшуку докази є недопустимими.

Здійснення судового контролю за дотриманням права на недоторканність житла чи іншого володіння особи як одного з конституційних прав осіб кримінальне процесуальне законодавство України покладає на слідчого суддю. Так, згідно з ч. 1 ст. 233 КПК України проникнення до житла чи іншого володіння з будь-якою метою без добровільної згоди особи, яка ними володіє, можливе тільки на підставі ухвали слідчого судді. Виняток становлять лише невідкладні випадки, пов'язані з урятуванням життя людей та майна, чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину. Однак у такому випадку прокурор або слідчий за погодженням із прокурором зобов'язаний невідкладно після здійснення таких дій звернутися з клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді. При цьому, слідчий суддя перевіряє, чи дійсно були наявні підстави для проникнення до житла чи іншого володіння особи без його ухвали [82].

З цього випливає, що інститут слідчого судді, запроваджений у результаті реформування кримінального процесуального законодавства України виступає гарантом правомірності обмеження права особи на недоторканність житла чи іншого володіння, а отже, реалізації конституційної засади недоторканності житла.

Як зазначає О.А. Шаповалова, слідчий суддя на стадії досудового розслідування стає ключовою фігурою у кримінальному процесі, оскільки багато питань, які відповідно до КПК України 1960 р. були віднесені до компетенції прокурора та слідчого переходять до вирішення неупередженою особою, якою є слідчий суддя, у присутності сторін із забезпеченням у певних випадках права на оскарження прийнятого рішення. Отже, перевага інституту слідчого судді полягає у тому, що він не належить до системи правоохоронних органів, які безпосередньо проводять розслідування, він є об'єктивною і незалежною, неупередженою фігурою, яка може приймати самостійні рішення [243].

Згідно з ч. 2 ст. 234 КПК України обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді. Так, у разі необхідності здійснити обшук слідчий за погодженням із прокурором або прокурор звертається до слідчого судді з відповідним клопотанням встановленої форми. До такого клопотання мають бути додані оригінали або копії документів та інших матеріалів, якими прокурор або слідчий обґрунтовує доводи клопотання.

Європейський суд із прав людини наголошував на особливій ролі судового контролю на досудовому провадженні. У рішенні по справі «Волоха проти України» (Voloha v. Ukraine) від 02.11.2006 р. (The Case of Voloha v. Ukraine, заява № 23543/02), в якій було встановлено порушення ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основних свобод у зв'язку з арештом кореспондентів заявників, зокрема зазначено, що втручання органів виконавчої влади у права осіб має підлягати ефективному контролю, який, зазвичай, має здійснюватися судовим органом, оскільки судовий контроль надає найбільші гарантії незалежності, безсторонності і здійснення належного провадження [259].

Проаналізувавши існуючі у різних країнах світу форми здійснення судового контролю за дотриманням права на повагу до приватного життя, можна визначити те, що:

1. У багатьох країнах є спеціально утворені структури в системі судових органів для здійснення функції судового контролю, наприклад, у Франції зберігається і функціонує інститут судових слідчих, судова перевірка рішень поліції здійснюється слідчим суддею і слідчою камерою.

2. Судовий порядок видачі ордеру (наказу) на обшук, виїмку, контроль та запис телефонних розмов тощо існує в більшості цивілізованих країнах: США, Англії, Німеччині, Франції та багатьох інших.

3. Ряд країн, успадкувавши традиції процесуального законодавства СРСР, зберегли судовий контроль лише у вигляді оскарження до суду незаконних рішень і дій органів розслідування, залишивши повноваження з обмеження конституційних прав громадян за прокуратурою (наприклад, Республіка Білорусь) [201, с. 90].

Отже, виконуючи функцію судового контролю при проведенні обшуку, можна визначити алгоритм дій слідчого судді у кримінальному провадженні:

1) отримавши клопотання слідчого за погодженням з прокурором або прокурора, слідчий суддя зобов'язаний перевірити відповідність його складання до вимог ч. 3 ст. 234 КПК України;

2) перевірити наявність обов'язкових додатків до клопотання (оригінали або копії документів та інших матеріалів, витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження);

3) розглянути клопотання про обшук у суді в день його надходження за участю слідчого або прокурора;

4) слідчий суддя має відмовити у задоволенні клопотання про обшук у випадках, передбачених вимогами ч. 5 ст. 234 КПК України;

5) слідчий суддя не має права повторно розглядати клопотання слідчого, прокурора про дозвіл на обшук того самого житла чи іншого володіння особи, якщо у клопотанні не зазначені нові обставини, які не розглядалися слідчим суддею;

6) скласти ухвалу про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи згідно із загальними вимогами до судових рішень, передбачених КПК України, а також містити відомості, визначені у ч. 2 ст. 235 КПК України;

7) при винесенні ухвали про проведення обшуку покласти на слідчого, прокурора повноваження щодо проведення обшуку. Так, до прав слідчого, прокурора при обшуку необхідно:

1) запросити спеціалістів для участі в обшуку з метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань;

2) заборонити будь-якій особі залишити місце обшуку до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку. Невиконання цих вимог спричиняє передбачену законом відповідальність;

3) провести обшук осіб, які перебувають у приміщенні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження (обшук особи має бути здійснений особами тієї самої статі);

4) відкривати закриті приміщення, сховища, речі, якщо особа, присутня при обшуку, відмовляється їх відкрити, або обшук здійснюється за відсутності особи, якій належить приміщення;

5) проводити вимірювання, фотографування, звуко- чи відеозапис, складати плани і схеми, виготовляти графічні зображення обшуканого приміщення чи окремих речей, виготовляти відбитки та зліпки, оглядати і вилучати речі і документи, які мають значення для кримінального провадження.

Обов'язки слідчого, прокурора:

1. обшук на підставі ухвали слідчого судді повинен проводитися в обсязі, необхідному для досягнення мети обшуку;

2. слідчий, прокурор повинен вжити належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, права та законні інтереси яких можуть бути обмежені або порушені;

3. вручити особі, в якій проведено обшук, а в разі її відсутності — іншому працівнику суду другий примірник протоколу обшуку разом із доданим до нього описом вилученого майна (за наявності);

4. примірник протоколу вручити голові суду або його заступнику;

5. обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді повинен відбуватися в час, коли завдається найменша шкода звичайним заняттям особи, яка ними володіє, якщо тільки слідчий, прокурор не вважатиме, що виконання такої умови може суттєво зашкодити меті обшуку;

6. забезпечити схоронність майна, що знаходиться у приміщенні та неможливість доступу до нього сторонніх осіб.

8) слідчий суддя у кожному конкретному випадку повинен оцінити чи є обґрунтованою необхідність обмеження конституційного права особи, вина якої не встановлена обвинувальним вироком суду і яка має право на поведження з нею, як з невинуватою особою [68, с. 383];

9) визначити строк дії ухвали, який не може перевищувати одного місяця з дня постановлення ухвали;

10) виготовити дві копії ухвали, які чітко позначаються як копії;

11) забезпечити процес винесення судом ухвали про обшук фіксуванням технічними засобами звуко- та відеозапису. Без цього докази визнаватимуться недопустимими;

12) задовольняючи клопотання слідчого або прокурора про надання дозволу на обшук житла чи іншого володіння особи, слідчий суддя має вказати родові ознаки речей чи документів, які підлягають вилученню внаслідок проведення обшуку, з підстав недопущення в подальшому сумнівів та протиріч, які б виникали під час виконання таких ухвал [76].

Висновки до розділу 2

У цьому розділі розглянуто та проаналізовано повноваження та правові гарантії учасників обшуку у кримінальному провадженні.

Проведене дослідження дозволяє дійти таких висновків:

1. Відповідно до КПК України визначено повноваження слідчого та співробітників оперативних підрозділів, що стосуються проведення обшуку.

2. Запропоновано необхідність внесення змін до ч. 3 ст. 234 «Обшук» КПК України, яку доповнити пунктом 6-1, що визначатиме законну можливість допуску оперативних співробітників, які прийшли разом зі слідчим або прокурором у житло та інше володіння особи, на підставі тих відомостей про які буде зазначено в ухвалі про проведення обшуку.

3. Складено алгоритм дій особи, в якій проводять обшук, та слідчого судді при розгляді клопотання про проведення обшуку. Залежно від етапу розслідування статус особи, в якій проводять дану СРД, може бути ще не визначений, але у більшості випадків (86% з проаналізованих кримінальних проваджень) обшук проводиться у підозрюваного в житлі чи іншому його володінні.

4. Обґрунтовано положення ч. 1 ст. 107 КПК України щодо випадку, 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. Відповідно до чого запропоновано внесення змін до зазначеної норми, що має визначати право безперешкодного

фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису стороні захисту, особі, в якій проводиться обшук, та її адвокату.

5. Доведено необхідність у внесенні змін до § 5 «Інші учасники кримінального провадження», яку пропонується доповнити ст. 67-1 «Понятій» з викладом його процесуального становища. Так, у запропонованій нормі сформульовано поняття «Понятій», під яким розуміється фізична, повнолітня, незацікавлена у кримінальному провадженні особа, яка запрошується слідчим, прокурором до проведення слідчих (розшукових), у необхідних випадках – процесуальних дій, з метою створення необхідних умов для найбільш об'єктивного і правильного проведення цих дій. Факт засвідчення особи понятого обов'язково вноситься до протоколу слідчої (процесуальної) дії. При проведенні обшуку фіксується на фото, відеозапису. Також запропонована норма передбачає ряд прав та обов'язків, які покладаються на понятого у разі його залучення до кримінального провадження.

6. Обґрунтовано необхідність внесення змін до ч. 4 ст. 234 КПК України, що має визначати обов'язкову участь слідчого або прокурора до суду для розгляду клопотання про проведення обшуку, а також доповнення цієї норми ч. 7, що передбачатиме наслідки неявки слідчого, прокурора для вирішення питання про надання дозволу на обшук.

7. Запропоновано визначення судового контролю під час обшуку, під яким пропонується розуміти регламентовані чинним законодавством правовідносини, що виникають при зверненні слідчого чи прокурора з клопотанням про проведення обшуку, сутність якого полягає у дослідженні і перевірці законності та обґрунтованості всіх приводів та підстав, оскільки це обмежує конституційні права особи.

РОЗДІЛ III. ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ПОРЯДОК ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

3.1. Обшук житла чи іншого володіння особи

Особливого значення щодо дотримання встановленого законом порядку провадження обшуку та захисту прав особи набуває чітке визначення понять «житло» та «інше володіння особи».

Згідно з ч. 2 ст. 233 КПК України під житлом особи розуміється будь-яке приміщення, яке знаходиться у постійному чи тимчасовому володінні особи, незалежно від його призначення і правового статусу, та пристосоване для постійного або тимчасового проживання в ньому фізичних осіб, а також всі складові частини такого приміщення. Не є житлом приміщення, спеціально призначені для утримання осіб, права яких обмежені за законом.

Під іншим володінням особи розуміються транспортний засіб, земельна ділянка, гараж, інші будівлі чи приміщення побутового, службового, господарського, виробничого та іншого призначення тощо, які знаходяться у володінні особи.

Постанова Пленуму Верховного суду України «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 6 листопада 2009 р. щодо поняття «житло» у п. 22 дає такі визначення: «Під житлом потрібно розуміти приміщення, призначене для постійного або тимчасового проживання людей (будинки, квартира, дача, номер у готелі тощо). До житла прирівнюються також ті його частини, в яких може зберігатися майно (балкон, веранда, комора тощо), за винятком господарських приміщень, не пов'язаних безпосередньо з житлом

(гараж, сарай тощо). Поняття «інше приміщення» включає різноманітні постійні, тимчасові, стаціонарні або пересувні будівлі чи споруди, призначені для розміщення людей або матеріальних цінностей, виробниче або службове приміщення підприємства, установи чи організації, гараж, іншу будівлю господарського призначення, відокремлену від житлових будівель, тощо)» [159].

На перший погляд, законодавець чітко визначив зазначені дефініції, які мають вирішальне значення для реалізації засади недоторканності житла та іншого володіння особи у кримінальному судочинстві. Однак у ч. 2 ст. 233 КПК України в якості володінь особи не згадані такі об'єкти нерухомості, як споруди, об'єкти, які за своїми технічними, функціональними, експлуатаційними, архітектурними, економічними властивостями неналежать до будівель. Це на практиці призводить до різних правових наслідків при їх застосуванні, через різний правовий статус такої нерухомості та її цільове призначення. Наприклад, будівлями є житлові будинки, школи, театри, гаражі, цехи заводів. Споруди, що призначені для якихось суто технічних цілей, такі як димарі, телевізійні вежі, мости, підпірні стіни, оскільки в них відсутні приміщення або вбудовані в них приміщення, не визначають їхнього основного призначення, є інженерними спорудами. Законодавець у визначенні «інші володіння особи» залишив словосполучення «тощо». Це свідчить про бажання законодавця зберегти баланс між динамічними правовідносинами та статичними [136, с. 123].

Проаналізувавши практику Європейського суду з прав людини (далі ЕСПЛ) з порушення ст. 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод [52], можливо зробити висновки, що в ній поняття «житло» тлумачиться досить широко і охоплює не лише «домівку», а й інші об'єкти, які за законодавством України житлом не визнаються, а належать до іншого володіння особи.

Розділяємо точку зору Ю.Б. Хім'яка щодо обов'язкового визнання правозастосовними органами України і тих об'єктів, які охоплюють поняття

«житло» відповідно до рішень ЕСПЛ, з обов'язковим посиланням на такі рішення [235, с. 263].

У літературі стверджується, що в ст. 233 КПК України містяться загальні правила проникнення до житла на підставі ухвали слідчого судді або за добровільною згодою особи, яка ним володіє, отже, за умови такої згоди в житлі можливе проведення не тільки огляду, слідчого експерименту, й обшуку [121, с. 116].

Водночас звертається увага і на те, що навіть у разі, коли особа заявила про вчинене щодо неї кримінальне правопорушення і не заперечує щодо проведення в її житлі чи іншому володінні, яке є місцем події, огляду, слідчий має витрачати час і засоби на оформлення необхідних документів і одержання дозволу слідчого судді. Це призводить до затягування дорогоцінного часу, а відповідно, і втрати можливості ефективної фіксації слідів події, з'ясування її обставин «за гарячими слідами» [213, с. 11].

Ми вважаємо, що така суперечливість викликана невдалою нормативною регламентацією провадження деяких процесуальних дій у житлі та іншому володінні особи. Так, положення ч. 1 ст. 233 КПК України та ч. 2 ст. 234, ч. 2 ст. 237 КПК України суперечать одна одній. Враховуючи, що норми ч. 2 ст. 234, ч. 2 ст. 237 КПК України є спеціальними щодо ч. 1 ст. 233 КПК України, вони мають пріоритет у вирішенні цієї колізії. Відповідно, складно беззаперечно визнати законність проведення огляду, обшуку за добровільної згоди особи, яка ними володіє, за наявної нормативної регламентації, хоча щодо проникнення таких заперечень немає [41, с. 217].

Цікавою з цього приводу є точка зору Л. М. Лобойка, який зазначає, що у невідкладних випадках прокурор, слідчий за погодженням із прокурором зобов'язаний невідкладно після здійснення таких дій звернутися з клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді для здійснення останнім наступного судового контролю за законністю проникнення до житла чи іншого володіння особи і проведення в них процесуальних дій.

У судовій практиці виникла проблема неоднакового застосування норми, викладеної у ч. 1 ст. 233 КПК України. Ухвалюючи підсумкові рішення

у кримінальних провадженнях, суди в одних випадках визнають доказами дані, здобуті у результаті проникнення до житла чи іншого володіння особи і здійснення в них обшуку (огляду) за добровільною згодою власника житла, а в інших не визнають. Не визнаючи зазначені дані доказами, суди зазначають, що після проникнення до житла чи іншого володіння особи за добровільною згодою власника слідчий, прокурор зобов'язаний звернутися до слідчого судді в порядку ч. 3 ст. 233 КПК України. Неоднакове застосування зазначеної норми свідчить про існування правової невизначеності у питанні врегулювання порядку проникнення до житла чи іншого володіння за добровільною згодою його власника. Відтак, у даному випадку має місце порушення принципу правової визначеності, що є одним з основних елементів верховенства права [120, с. 174-175].

З точки зору міжнародно-правових актів (Загальної декларації прав людини, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Міжнародного пакту про громадянські і політичні права), а також справ, розглянутих Європейським судом з прав людини, законними можна вважати обмеження права на недоторканність житла, якщо вони мають правову основу. Такою основою має бути законна, обґрунтована та мотивована ухвала слідчого судді, постановлена за результатами всебічного дослідження клопотання [85, с. 54].

Ми підтримуємо висновки Л. М. Лобойка, який стверджує, що норма, викладена у ч. 3 ст. 233 КПК України, є спеціальною щодо норми, яка міститься у ч. 1 цієї статті і регулює лише ті відносини, які виникають на підставі юридичних фактів, передбачених для цієї норми. А для неї передбачено один юридичний факт – наявність невідкладних випадків.

Надання добровільної згоди власника житла на проникнення до житла не є юридичним фактом для початку дії норми, викладеної у ч. 3 ст. 233 КПК України.

Положення ч. 1 ст. 233 КПК України є абсолютно визначеними і не пов'язані з положеннями ч. 3 ст. 233 КПК України. Якби законодавець мав намір запровадити наступний судовий контроль за проникненням до житла за

добровільною згодою власника житла, то, очевидно, що положення про проникнення за згодою власника містилося б не в ч. 1, а в ч. 3 ст. 233 КПК України.

Правознавець Л.М. Лобойко вважає, що ч. 1 ст. 233 КПК України доцільно доповнити новим реченням такого змісту: «Проникнення до житла чи іншого володіння за добровільною згодою особи, яка ними володіє, не породжує передбаченого ч. 3 цієї статті обов'язку слідчого, прокурора звернутися до слідчого судді з клопотанням про проведення обшуку» [120, с. 174-175].

Внесення запропонованих змін дозволить виключити в суддів сумніви у відсутності у слідчого, прокурора обов'язку звернення до слідчого судді з клопотанням про проведення обшуку після проникнення до житла чи іншого володіння за добровільною згодою особи, яка ними володіє, як обов'язкової умови допустимості доказів, отриманих внаслідок такого проникнення. Це також сприятиме однозначному розумінню положень ст. 233 КПК України всіма учасниками кримінального провадження, які зможуть точніше прогнозувати свою процесуальну діяльність.

Позитивною новацією слід визнати те, що ч. 2 ст. 233 КПК України, яка на відміну від раніше чинного КПК України, закріплює легальне визначення понять «житло» та «інше володіння» і дає можливість не звертатися до спеціального законодавства, щоб зрозуміти зміст зазначених категорій. При цьому, якщо нежитлове приміщення складається з декількох будівель та приміщень (цех, лабораторія, адміністративні й виробничі будівлі, прибудови), то в клопотанні потрібно сказати, в якому саме приміщенні слідчий має намір провести обшук та в який спосіб [101].

На нашу думку, формулювання єдиної термінології щодо зазначених понять у різних галузях права навряд чи можливе, оскільки йдеться про різні режими правового регулювання відносин, що виникають з приводу володіння, використання та захисту цих матеріальних об'єктів. Тому ми вважаємо, що галузеве законодавство має містити легальні дефініції цих понять, що усуне колізії та непорозуміння у правозастосовній діяльності і дискусії в юридичній

літературі, які упродовж тривалого часу точаться щодо тлумачення наведеної термінології.

На практиці мають місце випадки помилкового включення до клопотання слідчого чи прокурора про обшук додаткового клопотання щодо надання слідчим суддею дозволу на проведення особистого обшуку осіб, які перебувають у житлі чи іншому володінні. Це суперечить ст. 236 КПК України, оскільки повноваження щодо прийняття такого рішення має особа, яка проводить обшук, тобто слідчий або прокурор, а не слідчий суддя.

Важливі роз'яснення з даного питання надані Пленумом Верховного Суду України у постанові № 2 від 28 березня 2008 р. «Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства», де міститься розширене значення поняття «житло». Відповідно до п. 11 цієї постанови під житлом у значенні, що використовується у п.7 ч. 1 ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» [155], треба розуміти: 1) особистий будинок з усіма приміщеннями, які призначені для постійного чи тимчасового проживання в них, а також ті приміщення, які хоча й не призначені для постійного чи тимчасового проживання в них, але є складовою будинку; 2) будь-яке житлове приміщення, незалежно від форми власності, яке належить до житлового фонду і використовується для постійного або тимчасового проживання (будинок, квартира в будинку будь-якої форми власності, окрема кімната в квартирі тощо); 3) будь-яке інше приміщення або забудова, які не належать до житлового фонду, але пристосовані для тимчасового проживання (дача, садовий будинок, кімната в гуртожитку, номер в готелі, лікарняні та санаторні палати, туристичні палатки, кімнати для відпочинку тощо) [84, с. 80-83].

Також необхідно враховувати, що відповідно до практики цього суду поняття «житло» у п. 1 ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод охоплює не лише житло фізичних осіб. Воно може поширюватися на офісні приміщення, які належать особам, а також офіси

юридичних осіб, їх філії та інші приміщення [155., с. 409]. Ми вважаємо, що надано досить обширний і доступний перелік приміщень, які охоплюються поняттям «житло».

Щодо позиції Європейського суду, то В. П. Паліюк дійшов висновку, що офіційний офіс компанії, її філії або службові приміщення, зокрема торговельні, можуть претендувати на захист тією самою мірою, як і фізична особа, коли йдеться про захист її службового приміщення [144].

Ми певною мірою погоджуємося з цією думкою і підтримуємо В. І. Галагана, який говорить, що обшук, огляди приміщень та документів, експертизу документів можна проводити як в офісних приміщеннях юридичної особи, так і в помешканнях її засновників [35, с.12].

Про це йшлося й у Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику по справах про корисливі злочини проти приватної власності» від 25.12.1992 р. № 12, що втратила чинність у 2009 р.

В юридичній літературі щодо питання житла висловлюються різні думки. Відзначимо точку зору В. Т. Маляренка, з якою ми погоджуємось. Терміном «житло» охоплюються й будь-яке інше приміщення або забудова, які не належать до житлового фонду, але використовуються для тимчасового проживання (дача, садовий будинок, кімната в гуртожитку, номер у готелі, лікарняні та санаторні палати, кімнати баз відпочинку, туристичні палатки тощо). Автор пропонує також в окремих випадках, наприклад, при тривалому перебуванні, пов'язаному із професійною діяльністю особи, тимчасовим житлом визнавати купе поїздів та каюти кораблів [127, с. 79].

Доречним є розглянути досвід зарубіжних країн з цього питання. Так, згідно зі ст. 12 КПК РФ, житло є недоторканим, огляд житла проводиться тільки за згодою осіб, які в ньому проживають або на підставі судового рішення, як і обшук та виїмка в житлі, за винятком випадків, передбачених ч. 5 ст. 165 цього Кодексу [206].

У ст. 12 КПК Республіки Молдова зазначено, що недоторканність житла гарантує закон, а під час кримінального судочинства ніхто не має права

проникати в житло всупереч волі осіб, які в ньому проживають чи його займають, інакше як у випадках і в порядку, передбачених цим Кодексом [203].

Відповідно до ст. 14 КПК Республіки Білорусь, гарантується недоторканність житла та інших законних володінь фізичних і юридичних осіб. Ніхто не має права ввійти в житло та інше законне володіння особи всупереч її волі. Обшук, виїмка, огляд приміщень, провадження інших процесуальних дій, пов'язаних із проникненням у житло й інше законне володіння, можуть проводитися тільки на підставах і в порядку, передбачених Кодексом [203].

У ст. 17 КПК Республіки Казахстан зазначено, що житло є недоторканим, а проникнення до житла всупереч волі осіб, які його займають, провадження його огляду й обшуку допускається лише у випадках і в порядку, встановлених законом [204].

Порівнюючи вимоги вищезазначених законів, варто зробити висновки про те, що, з одного боку, законодавець нормативно закріплює право особи на недоторканність житла лише в Конституції України, а в кримінально-процесуальному законі встановлює винятки з цього правила (КПК РФ), а з іншого – законодавець більш повно й послідовно розкриває зміст права особи на недоторканність житла не тільки в конституційних нормах, а й безпосередньо у тексті кримінально-процесуального закону (КПК Республіки Молдова) [199, с. 96].

Оскільки ч. 1 ст. 3 КПК України не містить визначення термінів «особа», «юридична особа», «фізична особа», а йдеться лише про фізичних осіб, для полегшеного тлумачення цих норм доцільно прямо сказати у ст. 223 КПК України на належність житла чи іншого володіння як фізичним, так і юридичним особам незалежно від форм власності. Однак у ч. 2 ст. 233 КПК України в якості володінь особи не згадані такі об'єкти нерухомості, як споруди, об'єкти, які за своїми технічними, функціональними, експлуатаційними, архітектурними, економічними властивостями не належать до будівель. Це на практиці призводить до різних правових наслідків при їх застосуванні через різний правовий статус такої нерухомості та її цільове призначення.

Наприклад, будівлями є житлові будинки, школи, театри, гаражі, цехи заводів. Споруди, що призначені для якихось суто технічних цілей такі, як димарі, телевізійні вежі, мости, підпірні стіни, оскільки в них відсутні приміщення або вбудовані в них приміщення, не визначають їхнього основного призначення, є інженерними спорудами. Законодавець у визначенні «інші володіння особи» залишив словосполучення «тощо». Це свідчить про бажання законодавця зберегти баланс між динамічними правовідносинами та статичними.

Під слова «тощо» можна підвести такі об'єкти (природного походження та штучно створені), які за своїми властивостями дають змогу туди проникнути і зберегти або приховати певні предмети (речі, цінності), тобто сюди можна віднести такий об'єкт нерухомості, як споруда.

Припис ч. 2 ст. 8 Європейської конвенції з прав людини відрізняється від норм КПК України та Основного Закону. Відмінність його полягає у тому, що вітчизняний законодавець передбачив недоторканність не тільки житла, а й «іншого володіння особи», тим самим створив для власних правоохоронних органів складніші умови, ніж в країнах Європи. З огляду на це доцільно, на нашу думку, для однозначного тлумачення вищезазначених понять уніфікувати законодавство з міжнародно-правовими актами і визначити єдине поняття «житло» [127, с. 79].

У російській літературі, наприклад, зазначається, що поняття «житло» охоплює житлові приміщення, які лише законно займаються громадянином. На нашу думку, ця точка зору є досить спірною, оскільки в процесі розслідування злочину може виникнути необхідність провадження обшуку в приміщенні, яке особа займає незаконно, наприклад, з порушенням правил реєстрації, при свавільному заселенні або незаконній забудівлі тощо.

Так, наприклад, 14.10.2014 р. до Московського районного суду м. Харкова надійшло клопотання слідчого СВ Московського РВ про дозвіл на проведення обшуку приміщення гаражу. Цього самого дня відповідне клопотання розглянуто та задоволено слідчим суддею при секретарі судового засідання, без участі слідчого та прокурора. У журналі судового засідання сказано, що

учасники повідомлені про дату і час розгляду клопотання, але в матеріалах провадження відсутні будь-які відомості про належне повідомлення особи, яка звернулася до суду з відповідним клопотанням [216].

Вищесказане визначення іншого володіння особи є вузьким, тому що поняття будівлі та поняття приміщення визначені як щось подібне до гаража, а коло володінь, які не є будинками, спорудами та земельними ділянками, звужені до транспортного засобу. Не згадані як володіння споруди, які не є будівлями.

Вважаємо за необхідне зазначити, що як «інше володіння» слід розуміти такі об'єкти (природного походження та штучно створені), які за своїми властивостями дають змогу туди проникнути і зберегти або приховати певні предмети (речі, цінності). Земельною ділянкою є ділянка місцевості, незалежно від її господарського призначення та рельєфу місцевості. У свою чергу, спорудою, зокрема будівлею, є відокремлений штучно створений нерухомий об'єкт, що розташований на місцевості: будинок, ангар, сарай, гараж, склад, вежа, укриття, альтанка тощо. Приміщенням є відокремлена частина будівлі.

Так, Г. В. Татаренко пропонує до інших рухомих володінь, окрім транспортних засобів відносити намети, візки, ручна поклажа (сумки, рюкзаки, барсетки тощо), меблі, сейфи, одяг і т.д. Як житло, так і інше володіння особи передбачає наявність в особи підстав сподіватися на збереження своєї приватності у межах цього володіння [191, с. 66].

Отже, «володіння» – це надзвичайно складне поняття, яке не сприймається всіма однозначно. І тому з метою недопущення порушень прав і свобод людини при виконанні кримінально-процесуальних дій воно повинно мати чітке законодавче визначення.

На думку В. Т. Малярєнка, під іншим володінням особи у кримінальному процесуальному розумінні слід розглядати: 1) всі приміщення, крім житла, які належать особі; 2) всі речі, які належать особі і знаходяться в житлі чи поза житлом. У цілому ми погоджуємося з даним визначенням. Також автор доповнює, що під іншим володінням особи потрібно розглядати і землю, і воду,

і ліс та інші насадження, худобу, птицю, транспортні засоби та будь-яке інше майно, яке належить особі [127].

Водночас слід зазначити, що оскільки наведення вичерпного переліку об'єктів, які можуть розглядатися як «інше володіння особи», є неможливим, вважаємо більш прийнятним формулювання його узагальнюючого поняття з огляду на певні критерії, що визначають його специфіку. Такими критеріями можуть бути призначення або придатність об'єкта для постійного чи тимчасового зберігання предметів, відшукування яких є метою обшуку. Безумовно, що цей об'єкт може належати особі на праві приватної власності, спільної часткової або спільної сумісної власності, на підставі договору найму (оренди), лізингу або знаходитися в безкоштовному користуванні [249, с. 194].

Виходячи із зазначеного, О. Г. Шило сформулював своє поняття «іншого володіння особи». Він вважає, що це предмет матеріального світу або природного середовища, призначений або придатний для постійного чи тимчасового зберігання або знаходження знарядь злочину, речей і цінностей, здобутих злочинним шляхом, а також інших предметів і документів, які мають значення для встановлення істини у справі чи забезпечення цивільного позову, який належить особі на праві приватної власності, спільної часткової або спільної сумісної власності, на підставі договору найму (оренди), лізингу або знаходитися в безкоштовному користуванні [249, с. 195].

Результати аналізу судової практики свідчать і про випадки часткового задоволення клопотань про обшук. Слідчі судді задовольняють клопотання в частині надання дозволу на виявлення конкретно визначених речей або дають дозвіл на проведення обшуку на прибудинковій території та відмовляють у наданні дозволу на обшук житлових будинків. Так, ухвалою слідчого судді Комінтернівського районного суду Одеської області від 08 жовтня 2013 р. було частково задоволено клопотання слідчого СВ Комінтернівського РВ ГУ МВС України в Одеській області про обшук у кримінальному провадженні за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 310 КК, та надано дозвіл на обшук на території земельної ділянки № 21, розташованої за адресою_1 в с. Крижанівка Комінтернівського району Одеської області, та в

розташованих на ній господарських будівлях і спорудах, крім житла (житлового будинку), де проживають М. та інші, з метою відшукування та вилучення рослин роду конопель та наркотичних засобів. Мотивуючи своє рішення, слідчий суддя зазначив, що кримінальне провадження відкрите лише по факту незаконного вирощування коноплі на території земельної ділянки, і суду не надано доказів того, що наркотичні засоби можуть зберігатися у зазначеному житловому будинку, тому слідчий суддя надав дозвіл лише на обшук на території земельної ділянки та в розташованих на ній господарських будівлях і спорудах. Є випадки, коли слідчий суддя, навпаки, частково задовольняє клопотання про обшук у приватному будинку, але відмовляє у задоволенні клопотання в частині проведення обшуку надвірних споруд [216].

Також є необхідним зазначити, що однією з правок законодавця, що набрали чинності з березня цього року, є визначення суду, який буде розглядати клопотання про проведення обшуку. Так, обшук може проводитися на підставі ухвали слідчого судді місцевого суду в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться (zareєстрований) орган досудового розслідування як юридична особа (ст. 234 КПК України).

У разі, якщо фактичне місцезнаходження структурного підрозділу органу досудового розслідування відрізняється від zareєстрованого місцезнаходження органу досудового розслідування як юридичної особи, обшук буде проводитися виключно на підставі ухвали слідчого судді місцевого суду за zareєстрованим місцезнаходженням органу досудового розслідування як юридичної особи.

Узагальнюючи вищевикладене, слід зазначити, що логічно-семантичний аналіз положень КПК України свідчить про наявність трьох правових підстав для проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи. До них належать:

- 1) ухвала слідчого судді;
- 2) добровільна згода особи, яка володіє житлом чи іншим володінням;
- 3) ухвала слідчого судді, отримана на підставі невідкладних випадків, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину.

Як у науковій, так і в практичній площині на сьогодні сформувались два взаємовиключних підходи до видів правових підстав проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи. Серед науковців підтримується й аргументовано обґрунтовується конституційним положенням (ст. 30) точка зору про існування єдиної підстави для проникнення в житло чи інше володіння особи з метою проведення обшуку – ухвала слідчого судді. Тим самим заперечується юридична сила добровільної згоди особи, яка володіє житлом чи іншим майном, на проведення обшуку. Факт надання добровільної згоди кваліфікується як підстава для проникнення в житло чи інше володіння особи з будь-якою метою, за винятком мети проведення обшуку.

Доцільність дотримання наведеної послідовності зазначено у листі Міністерства юстиції України від 31 липня 2013 р. № 423-0-2-13/11: проникнення до житла чи до іншого володіння фізичної особи, проведення в ньому огляду чи обшуку може відбутися лише за вмотивованим рішенням суду.

3.2. Обшук особи у кримінальному провадженні

Неоднозначне праворозуміння та правозастосування ключовими учасниками кримінального провадження норм КПК України зумовили створення розбіжної практики у різних напрямках, що приводить до відмінних правових наслідків. Зокрема, занепокоєння викликають проблеми у правозастосуванні при вирішенні найбільш значущих питань, які стосуються обмеження прав та свобод особи при проведенні такої слідчої (розшукової) дії, як обшук. Одним із його видів є особистий обшук. А. Г. Баришніков вважає, що саме одним із таких інститутів, який було фактично знівельовано прийняттям нового КПК України, став інститут обшуку особи (особистого обшуку) [13, с. 37].

Беззаперечно, що ця слідча дія широко застосовується у правоохоронній практиці і є розповсюдженим способом збирання фактичних даних. Так само перебуває в залежності від рівня дотримання процесуальних норм, який безпосередньо впливає на можливість використання фактичних даних в якості належних та допустимих доказів під час судового розгляду або збирання на їх

основі інших відомостей, проведення процесуальних дій. За цих умов пріоритетними при проведенні особистого обшуку мають стати, з урахуванням ст. 8, ч. 5 ст. 9 КПК України «кримінальне процесуальне законодавство застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини» та підписанням Угоди про асоціацію, принципи, які лежать в основі КПК України та асоціації, передусім забезпечення прав людини та основоположних свобод, повага до принципу верховенства права, невтручання у приватне життя. Так, у п. 1 ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод зазначено, що «кожен має право на повагу до його приватного і сімейного життя, до житла і до таємниці кореспонденції». Отже, ця норма проголошує чотири види прав, спільним для яких є те, що вони стосуються особистої сфери життя людини (приватне життя, сімейне життя, житло та кореспонденція) [144, с. 73].

Варто звернути увагу й на те що за загальними положеннями КПК України будь-які процесуальні дії, зокрема й особистий обшук, мають проводитись лише відповідно до норм КПК України. Ніхто не може зазнавати обмеження прав і свобод інакше, як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановленому процесуальним законом. Порівняльно-правовий аналіз деяких положень кримінального процесуального законодавства у частині, що стосується фактичних та правових підстав проведення особистого обшуку, уповноважених суб'єктів приймати рішення для проведення особистого обшуку, форма і зміст такого рішення, процедура проведення особистого обшуку здійснювався у працях багатьох науковців, зокрема це: С.А. Альперт, В.Д. Берназ, Т.В. Варфоломеева, В.І. Бояров, Є.Г. Коваленко, Л.М. Лобойко А.О. Ляш, В.В. Назаров, Г.М. Омеляненко, В.О. Попелюшко, В.Т. Маляренко, В.В. Молдаван, В.М. Тертишник та ін.

Слід зазначити, що гл. 20 КПК України, яка визначає процесуальний порядок провадження СРД, підстави їх проведення тощо, не передбачає норму, яка б регламентувала процесуальний порядок проведення обшуку особи, підстави його проведення.

Виходячи з результатів аналізу положень чинного КПК України, О. В. Баганець робить висновок, що обшук особи проводиться у таких випадках: 1) під час затримання особи у порядку, передбаченому ч. 3 ст. 208 КПК України; 2) під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи у порядку, передбаченому ч. 5 ст. 236 КПК України [10, с. 134].

Беручи до уваги думки науковців, варто зазначити, що Б. Б. Булатова та А. М. Баранова надають своє визначення особистого обшуку. Вони доводять, що це самостійна слідча дія, яка складається в обстеженні тіла людини і одягу, що знаходиться на ньому, з метою відшукування знарядь злочину, предметів, документів і цінностей, які можуть мати значення для кримінальної справи. По цілям особистий обшук слід відрізнити від схожого з ним за рядом ознак огляду.

Особистий обшук проводиться згідно з тими самими правилами, що й обшук приміщень. На особистий обшук поширюються передбачені законом умови проведення слідчих дій: здійснюється у відкритому кримінальному провадженні і тільки особою, яка прийняла справу до свого провадження або за його дорученням. Про хід та результати особистого обшуку, відповідно з КПК України складається протокол у двох примірниках.

Особистий обшук як слідчу дію варто відрізнити від однойменного режимного заходу, який проводився в ІТТ та СІЗО і спрямованого на забезпечення внутрішнього розпорядку в цих установах, а також від особистого огляду, призначеного для мети провадження у справах про адміністративні правопорушення [211].

Відразу варто зазначити, що чинний КПК України, на відміну від КПК України 1960 р., не містить окремої норми, яка б регламентувала порядок проведення особистого обшуку (обшуку особи).

А. Баришніков зазначає, що системний аналіз норм КПК України, зокрема ч. 8 ст. 191, ст. 208, ч. 7 ст. 223, ч. 5 ст. 236, ч. 7 ст. 236 показує, що за обсягами правового регулювання та способом викладення нормативного матеріалу в тексті закону порядок проведення обшуку особи з виїмкою в неї під час обшуку предметів, матеріалів та документів до порушення кримінальної справи

(внесення відомостей про вчинений злочин до ЄРДР), подальше їх використання як доказів у кримінальному процесі поставлені фактично поза законом [13, с. 35].

Сформульовані у КПК України 2012 р. загальні підстави для проведення обшуку на практиці призводять до різного їх трактування та застосування, а це, у свою чергу, породжує різні правові наслідки для кримінального провадження та особи, яку обшукали. Зокрема, у колі науковців та практиків активно обговорюється питання наскільки законним є застосування положень ст. 234 КПК України (обшук житла чи іншого володіння особи) до подібних правовідносин, якими є особистий обшук [87, с. 43].

Подібну думку висловлює Д. О. Шумейко, який зазначає, що відсутність у КПК України регламентації нормативно-правових підстав та порядку проведення обшуку особи зумовлює неоднозначність застосування у практичній діяльності слідчих та судових органів положень про обшук [251].

Існуюча судова практика ВСУ та ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ також свідчить про наявність великої кількості практичних проблем, пов'язаних із застосуванням інституту обшуку особи з вилученням у неї предметів (документів). Зокрема, постановою Пленуму ВССУ № 9 від 17.10.2014 р. «Про узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи», Узагальненням судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, листом ВСУ від 08.11.2014 р. «Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи» однозначно не вирішені питання, що пов'язані з порядком застосування, використанням як докази знарядь, предметів та матеріалів, вилучених в особи під час її особистого обшуку уповноваженими службовими особами правоохоронних органів до порушення кримінального провадження (до реєстрації повідомлення про вчинення злочину в ЄРДР).

Особливої актуальності це дослідження набуває на тлі кардинальних змін, які відбулись у кримінальному процесі України. Водночас, порушена тематика перебуває у системному взаємозв'язку та взаємозалежності з положенням ч. 3 ст. 482 КПК України, яка наголошує на можливості проведення обшуку народного депутата після надання Верховною Радою України згоди на його притягнення до кримінальної відповідальності. Будь-яких положень, які б регулювали підстави, порядок проведення особистого обшуку народного депутата у КПК України, відсутні. Така ситуація на практиці не сприятиме зміцненню гарантії прав і свобод людини, не вирішуватиме завдань кримінального провадження, не сприятиме виконанню завдань прокурорського нагляду.

Усе це є аргументом необхідності законодавчого закріплення підстав, порядку проведення особистого обшуку, яке підсилюється й позиціями, висвітленими Євросудом у своїх рішеннях. Зокрема, відповідно до рішення Євросуду у справі «Копп проти Швейцарії» (1998) зазначено, що «словосполучення «відповідно до закону» не лише вимагає наявності для оскаржуваного заходу певних підстав у національному законодавстві, а й має на увазі якість закону, що застосовується у цьому випадку, вимагаючи, щоб він був доступним для зацікавленої особи і передбачуваним у своїх наслідках. Нічим не краща правова ситуація від зазначеної, яка стосується проведення особистого обшуку капітаном судна або керівником дипломатичного представництва чи консульської установи України (ч. 2 ст. 520 КПК України).

Практичні проблеми, пов'язані з проведенням особистого обшуку особи, неодноразово обговорювалися у колах досвідчених вітчизняних науковців. Зокрема, з цього приводу Л. Д. Удалова висловила думку, що актуальною є необхідність нормативного врегулювання підстав і порядку проведення особистого обшуку. Одним із видів обшуку є особистий обшук, нормативне врегулювання якого у чинному КПК України, на жаль, є неповним і має несистемний характер. Внаслідок цього зробити висновки щодо підстав і порядку проведення особистого обшуку особи, якщо вона не затримувалась (ч. 3 ст. 208 КПК) або не перебуває у житлі чи іншому володінні особи, в якій

проводиться обшук (ч. 5 ст. 236 КПК), неможливо. Особистий обшук, на відміну від інших видів обшуку, має власну специфіку підстав і порядку проведення, що потрібно закріпити в окремій статті КПК України правозастосування [213, 11].

Законність проведення особистого обшуку надає отриманим при його проведенні доказам властивості допустимості (ст. 86 КПК України). Саме тому необхідною умовою належного застосування норм КПК України, окрім іншого, є протидія вчиненню кримінальних процесуальних правопорушень під час реалізації завдань кримінального провадження, зокрема при проведенні особистого обшуку. Як зазначають науковці, слідча дія повинна проводитись у встановленій кримінально-процесуальній формі лише належним суб'єктом, саме це забезпечує отримання під час її проведення допустимих доказів [102, 368].

Зокрема, залишається відкритим питання щодо можливості проведення особистого обшуку особи, якщо вона не затримувалась (ч. 3 ст. 208 КПК України) або не перебуває в житлі чи іншому володінні особи, в якому проводиться обшук (ч. 5 ст. 236 КПК України). За пропозицією Л. Д. Удалової, доцільно закріпити в окремій статті КПК України підстави і порядок проведення особистого обшуку, оскільки він, на відміну від інших видів обшуку, має свою специфіку [213, 11–12].

Слід відзначити, що у переважній більшості на практиці застосовується декілька випадків для проведення особистого обшуку:

- 1) ч. 3 ст. 208 КПК України – під час її затримання;
- 2) ч. 5 ст. 236 КПК України – обшук особи, яка перебуває в житлі чи іншому володінні і щодо неї є достатні дані вважати, що вона переховує на собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження.

Власне кажучи, за змістом КПК України це є вичерпний перелік безпосередніх підстав проведення особистого обшуку, який, на жаль, не задовольняє вимоги практики. Ми можемо сказати ще про один випадок, коли може мати місце особистий обшук особи і, на нашу думку, це є третім випадком;

3) обшук особи, яка знаходиться за межами житла чи іншого володіння і щодо якої є достатні підстави вважати, що вона переховує при собі предмети або документи, які вилучені з обігу та мають значення у кримінальному провадженні [75].

Така ситуація не узгоджується із видами та підставами проведення особистого обшуку, про які йдеться у ч. 3 ст. 208 КПК України та ч. 5 ст. 236 КПК України. Виходом з такої ситуації у деяких прокуратурах та судах України стало застосування положення ст. 9 КПК України, в якій, крім іншого, передбачено можливість застосування загальних засад кримінального провадження у разі не врегулювання або неоднозначного регулювання окремих питань КПК України та ст. 234 КПК України, яка є загальною нормою для обшуку, а також ст.ст. 84, 223, 233 КПК України. Перелічені норми КПК України є правовою підставою для отримання ухвали слідчого судді для проведення особистого обшуку за наявності зазначеної вище фактичної обставини. Перед цим прокурор, реалізуючи свої процесуальні повноваження (п. 10 ч.1 ст. 36 КПК України) із застосуванням аналогії права, погоджує/відмовляє клопотання слідчого на проведення особистого обшуку, форма і зміст якого слідує із норм КПК України, що виписані для проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, із значеннями особливостей для застосування обшуку особи.

Зазначена правова позиція дістала своє відображення у судовій практиці і зокрема у практиці Європейського суду з прав людини. При застосуванні ст. 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод існування так званого «подвійного контролю» за здійсненням особистого обшуку є цілком виправданим з точки зору практики ЄСПЛ.

Наприклад, ЄСЗЛ у справі «Л. М. проти Італії» (L M v Italy), 60033/00, 8 лютого 2005 р. зазначив: «Суд ... відзначає, що коли в національному праві окремо передбачено затвердження протоколу обшуку, то тим самим встановлюється контроль з боку прокуратури за законністю дій поліції. Цілковита та невинуватна нестача такого затвердження вказує, що уповноважені на те органи не слідкували за тим, щоб оскаржуваний обшук

узгоджувався з передбаченими у законодавстві процедурами. З цього випливає, що після завершення обшуку законні процедури не були дотримані, а отже, наявне порушення ст. 8 Конвенції. Також ЄСЗЛ у справі «Імакаєва проти Росії» (*Imakayeva v Russia*), 7615/02, 9 листопада 2006 р. зазначив, що Суд вважає, що обшук і вилучення у цій справі були проведені без санкції або належних гарантій. За таких обставин Суд доходить висновку, що розглянуте втручання не було «передбачене законом» і тому порушено ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у разі «неякісного» законодавства [144, 73–74].

Важливо зазначити, що не тільки вітчизняна практика, а й практика ЄСЗЛ ставлять у залежність законність проведення особистого обшуку від виписаного на національному рівні механізму здійснення даної слідчої (розшукової) дії. Крім того, питання особистого обшуку було об'єктом розгляду Конституційного Суду України (ухвала Конституційного Суду України від 6 лютого 2014 р. № 21-у/2014) про відмову у відкритті провадження за конституційним зверненням громадянина А. О. Яковенка щодо офіційного тлумачення положень статей 108, 234, 235, 309 КПК України у системному зв'язку з положеннями ч. 1 ст. 3, ч. 1 ст. 8, ч. 2 ст. 19, ч. 2 ст. 30 Конституції України), предметом якого було питання – чи може суд надавати дозвіл на особистий обшук, керуючись нормами КПК України, що регламентують надання дозволу на обшук житла чи іншого володіння особи, оскільки одні судді вважають, що можна, зокрема ухвалою Печерського районного суду м. Києва від 15 травня 2013 р. було надано дозвіл на проведення особистого обшуку А.О. Яковенка Проте наявна досить велика кількість слідчих суддів, які дотримуються протилежної думки з метою недопущення порушення особистих прав та свобод особи [226].

З системного аналізу КПК України вбачається, що він містить вичерпний перелік процесуальних дій, здійснення яких можливе лише за відповідним рішенням слідчого судді чи суду, особистий обшук серед яких, на жаль, відсутній. Щодо відсутності чіткої правової регламентації в КПК України підстав та порядку проведення особистого обшуку можна стверджувати, що

існує реальна загроза визнання під час судового розгляду отриманих при обшуку відомостей, як недопустимих та неналежних доказів через порушення прав і свобод людини і громадянина.

Варто відзначити, що особистий обшук супроводжується застосуванням примусу, яке прямо стосується істотного обмеження прав громадян, тому він має бути передбаченим у законі [87].

Особистому обшуку, за загальним правилом, підлягає особа, яка займає процесуальне становище підозрюваного або обвинуваченого. При обшуку в приміщенні, особистому обшуку можуть бути піддані інші особи, зокрема ті, які не мають процесуального статусу.

При цьому слід розуміти і не забувати, що право слідчого піддати особистому обшуку будь-яку особу, яка перебуває в обшукуваному приміщенні, не залежить від того, витребовувався для цього судовий дозвіл чи ні. Хід і результати особистого обшуку в даному випадку можуть бути відображені як загалом, так і в окремому протоколі.

Особистий обшук забезпечується державним примусом, зокрема розмірним, відповідним принципом кримінального судочинства із застосуванням фізичної сили.

При особистому обшуку обстеженню підлягає тіло людини, її одяг і речі, які знаходяться при ній. При обстеженні речей, що мають блискавки (кишені, сумки, портфелі), допускається їх відкриття.

Правильним є твердження про те, що незалежно від характеру пошукових дій (обстежуються інтимні частини тіла або тільки одяг, речі) закон забороняє проведення особистого обшуку особою протилежної статі. Для дотримання цієї умови слідчий, як особа протилежної статі, зобов'язаний доручити проведення особистого обшуку іншій особі. Якщо залучення особи однієї статі з обшукуваною особою неможливо, то слідчий має право провести виїмку одягу, речей і оглянути їх [211].

Науковець О. В. Баганець досліджуючи питання особистого обшуку, зазначає, що відсутність правових підстав для проведення обшуку особи

негативно відображається не лише на сторінках наукової літератури, а й викликає певні розбіжності серед практичних працівників.

Так, зокрема, 62% слідчих, 54% прокурорів та 42% суддів вважають, що сторона обвинувачення має право проводити обшук особи у порядку, передбаченому ст.ст. 208, 223, 234, 236, 241 КПК України, а 38% слідчих, 46% прокурорів та 58% суддів зазначають, що процесуальний порядок проведення обшуку особи, прийняття рішення щодо його проведення КПК України не визначає.

Наявність такої неоднозначності серед практичних працівників призводить до різного правозастосування ними положень чинного КПК України щодо застосування такого засобу отримання доказів як обшук особи під час здійснення розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою.

Для прикладу, у кримінальному провадженні № 12013080350001379, відкритому за ознаками злочину, передбаченого ч. 4 ст. 368 КК України, слідчий СВ Токмацького МВ ГУМВС України у Запорізькій області особа А. звернувся до слідчого судді з клопотанням про проведення обшуку особи К. В обґрунтуванні клопотання слідчий посилається на те, що особа К., перебуваючи на посаді єгеря у Чернігівському районі та виконуючи свої службові обов'язки, вимагає від особи Л. грошові кошти у сумі 1500 гривень в якості неправомірної вигоди за непритягнення останнього до адміністративної відповідальності за знищення очерету та фазанів у с. Олександрівка Чернігівського району. Слідчий суддя особа М., керуючись положеннями ст.ст. 234, 235, 237, 372 КПК України, відповідне клопотання задовольнив [109].

Подібні випадки надання дозволів на проведення обшуку осіб мають місце і в інших кримінальних провадженнях цієї категорії [108; 106; 105; 107].

У зв'язку з цим ми також спробували дослідити бачення практичних працівників з даного приводу. У результаті опитування наших респондентів більшість з них зазначила, що процесуальний порядок проведення обшуку особи у чинному законодавстві майже не розкритий. Цю думку висловили слідчі – 87%, прокурори – 91%, захисники – 95%. Майже всі опитані

респонденти (98%) – зіслались на обов'язковість правового закріплення норми щодо обшуку особи у кримінальному процесуальному законі.

Цікавим є той факт, що певний відсоток опитаних слідчих, за часів дії чинного КПК України, або за КПК України 1960 р., проводили цю дію у своїй практичній діяльності. Із названого відсотка опитаних захисників тільки 53% брали участь під час обшуку особи, решта з опитаних вважають це актуальною проблемою хоч і не брали особисту участь у цій дії.

Узагальнюючи це питання, вважаємо за доречне висновки авторів, які зазначають, що обшук особи може бути проведений без ухвали слідчого судді у таких випадках:

1) під час фізичного захоплення особи уповноваженими на те службовими особами, якщо є достатні підстави вважати, що така особа має при собі зброю, предмети, які вилученні законом з обігу або інші предмети, які становлять загрозу для оточуючих, чи намагається звільнитися від речей, які викривають її чи інших осіб у вчиненні кримінального правопорушення;

2) під час затримання особи з метою приводу на підставі ухвали слідчого судді або суду;

3) під час затримання особи уповноваженою службовою особою без ухвали слідчого судді або суду;

4) під час виконання ухвали слідчого судді або суду про здійснення приводу;

5) під час виконання ухвали слідчого судді або суду про застосування щодо підозрюваного (обвинуваченого) запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою;

6) під час виконання ухвали слідчого судді про застосування тимчасового або екстрадиційного арешту;

7) за наявності достатніх підстав вважати, що особа, яка перебуває у приміщенні, де проводиться обшук, приховує при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження [185, с. 297].

Отже, враховуючи актуальність даного питання, ми пропонуємо виключити ч. 5 ст. 236 КПК України, що передбачає можливість проведення

обшуку особи та доповнити чинний КПК України ст. 234-1 «Обшук особи», яку викласти у такій редакції:

«1. Обшук особи може бути проведений з метою вилучення предметів або документів, що вилучені з обігу або мають значення для кримінального провадження. Підставою для проведення обшуку особи є наявність достатніх даних вважати, що відповідні речі або документи можуть знаходитись у конкретної особи.

2. Обшук особи може проводитись у випадках:

1) під час затримання особи у порядку ч. 3, 6 ст. 208 та ч. 8 ст. 191 цього Кодексу, – за рішенням слідчого чи прокурора, іншої уповноваженої особи (керівник дипломатичного представництва чи консульської установи, капітан судна України);

2) обшук особи, яка перебуває в житлі чи іншому володінні і щодо неї є достатні підстави вважати, що вона переховує на собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження – за рішенням слідчого чи прокурора;

3) обшук особи, яка знаходиться за межами житла чи іншого володіння і щодо неї є достатні підстави вважати, що вона переховує при собі предмети або документи, які вилучені з обігу та мають значення у кримінальному провадженні – за ухвалою слідчого судді;

4) у кримінальному провадженні щодо окремої категорії осіб (ч. 3 ст. 482 цього Кодексу) – Генеральним прокурором або його заступником у разі, якщо Верховною Радою України надано згоду на притягнення його до кримінальної відповідальності;

5) при проведенні обшуку особи капітаном судна, керівником дипломатичного представництва чи консульської установи України (ч. 2 ст. 520 цього Кодексу) – за рішенням цих службових осіб, уповноважених на вчинення процесуальних дій уповноважених осіб, з негайним повідомленням прокурора;

6) при проведенні обшуку під час міжнародного співробітництва (ч. 4 ст. 552 цього Кодексу) – за рішенням суду.

3. При проведенні обшуку особи складається окремий протокол. Ця дія обов'язково фіксується за допомогою технічних засобів фіксування кримінального провадження.

4. Обшук особи здійснюється особами тієї самої статі за участю понятих. На вимогу такої особи, за можливістю, запрошується адвокат, представник. Неявка адвоката, представника для участі у проведенні обшуку особи протягом трьох годин не перешкоджає проведенню обшуку.

5. Обшук співробітника кадрового складу розвідувального органу України під час виконання ним службових обов'язків здійснюється тільки у присутності офіційних представників цього органу.

6. Обшук особи проводиться у порядку, передбаченому ст. 236 цього Кодексу».

3.3. Процесуальне оформлення обшуку у кримінальному провадженні

Чинний КПК України не дає визначення поняття «клопотання». Це унеможливорює його однакове розуміння як суб'єктами кримінального провадження, так і органами, що ведуть процес. У літературі його тлумачать по-різному.

Автори науково-практичного коментаря до КПК України визначають, що клопотання – це письмове звернення з проханням про виконання будь-яких процесуальних дій у кримінальному провадженні, визнання за особою відповідного процесуального статусу, прав чи свобод [99, с. 545].

Як вважає Л.М. Лобойко, клопотання – це виражене у письмовій чи усній формі звернення зацікавленого учасника досудового розслідування до посадової особи, яка його веде, з метою домогтися виконання певних процесуальних дій [119, с.195].

Виходячи з вищезазначеного, багатоманітність підходів до розуміння поняття «клопотання» серед наукових та практичних працівників викликає необхідність уніфікації тлумачення цих понять з метою однакового розуміння всіма особами, які залучаються до сфери кримінального судочинства.

Отже, до загальних ознак, що притаманні поняттю «клопотання», слід віднести:

1. Суб'єкт внесення (заявлення, подання) клопотання. До них законом прямо віднесені – сторона захисту, потерпілий, його представник чи законний представник, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження (ст. 220 КПК).

2. Адреса (суб'єкт) розгляду та вирішення клопотання. Це слідчий, прокурор.

3. Предмет клопотання. Ним визначається прохання про виконання будь-якої процесуальної дії.

4. Офіційний характер клопотання. Сказане передбачає його подання, розгляд та вирішення у встановленому законом порядку відповідно до процесуальної форми.

5. Мета подання клопотання. До неї слід віднести безпосереднє виконання будь-яких процесуальних дій.

6. Закон передбачає форму, в якій має здійснюватися клопотання, та встановлює письмову форму його подання.

На думку О. І. Галагана та Д. П. Письменного, клопотання – це письмове звернення сторони захисту, потерпілого і його представника чи законного представника, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження з проханням про виконання будь-яких процесуальних дій у кримінальному провадженні [37, с. 62].

У нашому питанні слід зупинитися на клопотанні, що складається стороною обвинувачення (слідчим за погодженням з прокурором, прокурором) і яке безпосередньо стосується проведення обшуку.

Так, при необхідності провести обшук житла чи іншого володіння особи слідчий за погодженням з прокурором – процесуальним керівником або прокурор звертається до слідчого судді з відповідним клопотанням за місцем проведення досудового розслідування. Також воно має бути складене з метою, зазначеною у ст. 234 КПК України.

Однією з останніх змін, що внесена до чинного КПК України, стала норма, яка визначає, що обшук може проводитись на підставі ухвали слідчого судді місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться (зареєстрований) орган досудового розслідування як юридична особа (ст. 234 КПК України).

У разі, якщо фактичне місцезнаходження структурного підрозділу органу досудового розслідування відрізняється від зареєстрованого місцезнаходження органу досудового розслідування як юридичної особи, обшук буде проводитись виключно на підставі ухвали слідчого судді місцевого суду за зареєстрованим місцезнаходженням органу досудового розслідування як юридичної особи.

Проблематиці підготовки клопотання про проведення обшуку за нормами КПК України присвятили праці такі вітчизняні вчені, 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'янчикова, М. Стахівський та ін.

Загалом процедури ініціювання та розгляду питання про проведення обшуку у кримінальному провадженні зумовлені та прямо корелюють майже зі всіма загальними засадами кримінального провадження, визначеними ст. 7 КПК України, основною з яких у цьому напрямі є засада недоторканності житла чи іншого володіння особи, адже кримінальний процесуальний закон установлює, що допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку не інакше як за вмотивованим судовим рішенням, крім випадків, передбачених КПК України.

Актуальність дослідження цього напрямку посилюється й окремими даними судової статистики. Наприклад, найбільшу питому вагу з розглянутої кількості клопотань місцевими загальними судами, апеляційними судами областей та м. Києва становлять клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів – 252,8 тис., або 46,2 % загальної кількості клопотань, скарг, які розглядаються слідчим суддею під час досудового розслідування, що надійшли у 2015 р., а лише клопотань та матеріалів про обшук житла чи іншого володіння особи – 75,2 тис., або 13,7 % із загальної кількості, що перевищує навіть і клопотання

про застосування запобіжних заходів та скарги на рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора під час досудового розслідування [6].

Аналіз статистичних даних узагальнення судової практики розгляду слідчими суддями Київського районного суду м. Одеси відповідних клопотань про надання дозволу на проведення обшуку 2015 р. свідчить про те, що у більшості випадків клопотання про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи задовольнялись – 69,5%. Наведене співвідношення (69,5% проти 31,5%) демонструє наявність фактів необґрунтованого та безпідставного звернення органів досудового розслідування з відповідними клопотаннями. За цей час розгляду таких клопотань на практиці слідчі судді відмовляли у задоволенні клопотань про обшук у тих випадках, коли прокурором, слідчим не було доведено наявності достатніх підстав вважати, 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 знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи [218].

Окремий блок проблем у слідчій практиці створюють окремі елементи закріпленої законом процесуальної форми клопотання про надання дозволу на проведення обшуку, а саме: підстави для обшуку, а також обов'язковий перелік речей, документів або осіб, яких планується відшукати. Водночас, у ч. 2 ст. 234 КПК України визначено, що обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді. Тоді що ж у розумінні законодавця є підставою проведення обшуку? Можливо мається на увазі мета його проведення, визначена у частині першій цієї самої статті. Щодо обов'язкового наведення у клопотанні інформації про перелік речей, документів або осіб, яких планується відшукати, то у цьому напрямі можливе зловживання правом як зі сторони обвинувачення, так і зі сторони слідчого судді, який може прийняти рішення про не аргументованість або формальність поданого органами досудового розслідування у клопотанні окресленого нами переліку [190, с. 143].

Отже, у разі необхідності провести обшук, зазначається у ч. 3 ст. 234 КПК України, слідчий за погодженням з прокурором або прокурор звертається до слідчого судді з відповідним клопотанням.

Підтримуємо думку авторів [36], які вважають, що відсутність у цій правовій конструкції посилання на можливість порушити це клопотання слідчим без погодження з прокурором має розцінюватися як таке, що за відсутності певного погодження клопотання не може бути спрямоване до слідчого судді, а у випадку такого спрямування не буде прийняте ним до розгляду з формальних причин. Таке тлумачення цієї норми слід вважати обґрунтованим, оскільки з даного приводу склалася відповідна судова практика.

Окрім того, це положення закріплене і в постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях дізнання і досудового слідства» від 25 квітня 2003 р. № 4. У п. 4 цієї постанови сказано, що «суди не повинні брати до провадження подання, внесені відповідно до ст. 165-2 КПК України, якщо на порушення ч. 2 цієї статті вони не погоджені з прокурором, або той із ними не погодився, або з подання не зрозуміло, який саме прокурор (його посада і прізвище) дав згоду» [158].

Аналогічна позиція висловлена й у п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства» від 28 березня 2008 р. № 2 [156].

У зв'язку з викладеним непоодинокими є факти незгоди слідчих з відмовою прокурора у погодженні відповідного клопотання, що викликає необхідність оскарження такого рішення. Проте чинне законодавство надає слідчому можливість оскаржити рішення прокурора лише до прокуратури вищого рівня щодо прокуратури, в якій обіймає посаду прокурор, рішення, дії чи бездіяльність якого оскаржуються [99, с. 753].

Але таке оскарження, відповідно до ч. 3 ст. 40 КПК України, здійснюється через керівника органу досудового розслідування, який, у разі згоди зі слідчим, ініціює це питання перед прокуратурою вищого рівня. За таких умов слідчий не лише не може безпосередньо оскаржити дії чи рішення прокурора, який здійснює процесуальне керівництво у кримінальному провадженні, а й слідчого судді, який здійснює функцію судового контролю за досудовим розслідуванням. Логіка законодавця, який створив таку конструкцію, не видається цілком зрозумілою та обґрунтованою.

Ми підтримуємо думку тих науковців [36, с. 164], які стверджують, що доцільно було б урахувати в оцінці цієї ситуації позицію Європейського суду з прав людини, яким у справі «Пантелеєнко проти України» (заяви № 11901/02)» рішенням від 29 червня 2006 р. визначалося, що «навіть припускаючи, що прокурор є незалежним, цей засіб (оскарження правоохоронцями дій прокурора до прокуратури вищого рівня) не міг забезпечити заявнику правовий захист» [165].

Інша ситуація виникає після проникнення до житла чи іншого володіння особи і проведення у ньому обшуку у невідкладних випадках за відсутності ухвали слідчого судді. Відповідно до ч. 3 ст. 233 КПК України, проведення обшуку житла чи іншого володіння особи у невідкладних випадках не передбачає обов'язкового погодження цієї дії з прокурором. Проте у другому реченні цієї самої процесуальної норми зазначено, що невідкладне звернення після вчинення таких дій до слідчого судді з клопотанням про проведення обшуку слідчий має погоджувати з прокурором. Отже, створюється ситуація, за якою дії слідчого під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи у невідкладних випадках можуть бути необґрунтованими, незаконними та не отримати своєчасного реагування з боку прокурора. Водночас, законні та обґрунтовані дії слідчого можуть не отримати адекватної підтримки зі сторони слідчого судді, до якого клопотання слідчого не дійде через відсутність погодження з прокурором.

Ми погоджуємося з думкою В. І. Галагана, на переконання якого, за таких умов слідчий, як того і вимагає закон, повинен мати можливість звернутися до

слідчого судді з відповідним клопотанням, незважаючи на відсутність погодження з прокурором, оскільки такі дії є екстремальними і мають переслідувати мету забезпечення права громадян на повагу до житла, передбаченого ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р., ратифікованої відповідним Законом України від 17 липня 1997 р. № 475/97- ВР [52; 36].

Стаття 234 КПК України визначає вимоги до клопотання про проведення обшуку. Так, у ч. 3 цієї статті викладено відомості, що є необхідними для внесення їх при зверненні до слідчого судді:

- 1) найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер;
- 2) короткий виклад обставин кримінального правопорушення у зв'язку з розслідуванням якого подається клопотання;
- 3) правова кваліфікація кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) Закону України про кримінальну відповідальність;
- 4) підстави для обшуку;
- 5) житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, де планується проведення обшуку;
- 6) особа, якій належить житло чи інше володіння, та особа, у фактичному володінні якої воно знаходиться;
- 7) індивідуальні або родові ознаки речей, документів, іншого майна або осіб, яких планується відшукати, а також їхній зв'язок із вчиненим кримінальним правопорушенням;
- 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 ч. 2 ст. 93 КПК України, або за допомогою інших слідчих дій, передбачених КПК України, а доступ до осіб, яких планується відшукати, – за допомогою інших слідчих дій, передбачених законом.

15.03.2018 р. Законом України від 03.10.2017 р. № 2147-VIII було внесено ряд змін до КПК України, зокрема і до ст. 234. Відповідно заслуговують на

увагу встановлені законодавцем додаткові вимоги до переліку відомостей, що мають міститися у клопотанні про проведення обшуку.

Отже, відтепер клопотання про проведення обшуку серед іншого 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 відповідно до ч. 2 ст. 93 КПК України або за допомогою інших слідчих дій, передбачених КПК України, а доступ до осіб, яких планується відшукати, – за допомогою інших слідчих дій, передбачених КПК України.

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

Слід звернути увагу на те, що у разі відмови у задоволенні клопотання про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи слідчий, прокурор не має права повторно звертатися до слідчого судді з клопотанням про дозвіл на обшук того самого житла чи іншого володіння особи, якщо у клопотанні не зазначені нові обставини, які не розглядалися слідчим суддею.

До клопотання також мають бути додані оригінали або копії документів та інших матеріалів, якими прокурор, слідчий обґрунтовує доводи клопотання, а також витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, у рамках якого подається клопотання.

При теоретичному дослідженні та визначенні напрямів практичного вирішення проблем, що виникають при розгляді клопотань про проведення обшуку, доцільно обов'язково звертати увагу й на узагальнення судової практики, що дозволяє, у свою чергу, виявити найбільш істотні порушення, зокрема: у напрямках порядку розгляду клопотання про обшук; процедури діяльності слідчого судді у разі недотримання слідчим або прокурором вимог щодо змісту клопотання, встановлених ч. 3 ст. 234 КПК України; необґрунтованості клопотань; недотримання слідчими суддями вимог щодо змісту ухвали, встановлених ст. 235 КПК України; процедури розгляд у

клопотань про проведення обшуку, поданих в порядку ч. 3 ст. 233 КПК України, а також порушень розгляду клопотань про обшук щодо окремої категорії осіб [219].

За КПК України (ст. 36, ч. 3 ст. 234) завдання слідчого, прокурора полягає у підготовці законного, обґрунтованого клопотання про проведення обшуку. Саме тому їм необхідно планувати проведення даної слідчої (розшукової) дії. Така конструкція норм КПК України є суперечливою з позиції конституційних засад, адже прокурор повинен, окрім планування проведення обшуку, здійснювати нагляд за його підготовкою і самим проведенням.

Клопотання складається із трьох частин. У вступній частині, зокрема, повинні бути зазначені: дані про погодження подання з прокурором; класний чин, звання, посада, прізвище, ім'я, по батькові слідчого відповідного органу, який звертається з клопотанням; час і місце його складання; найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер.

В описовій частині зазначаються: короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з розслідуванням якого подається клопотання; правова кваліфікація кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) Закону України про кримінальну відповідальність; підстави для обшуку, його мета; точна адреса житла, іншого володіння або частини житла, де планується проведення обшуку; дані про особу, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться, із зазначенням того, яке відношення ця особа має до кримінального провадження (її процесуальне положення); якщо обшук планується провести у службовому приміщенні, дані про найменування підприємства, його юридичну адресу, власника; індивідуальна або родова характеристика речей, документів, які планується відшукати; дані про осіб, яких планується обшукати (якщо планується проведення обшуку особи); норми кримінального процесуального закону, відповідно до яких вноситься клопотання про провадження обшуку.

У резолютивній частині викладається рішення слідчого порушити перед слідчим суддею клопотання про проведення обшуку; зазначається суд, до якого

буде спрямовано клопотання; місцезнаходження та індивідуальні ознаки об'єктів, які підлягають обшуку; підпис особи, яка склала подання.

До клопотання також мають бути додані оригінали або копії документів та інших матеріалів, якими прокурор, слідчий обґрунтовує доводи клопотання, а також витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, у рамках якого подається клопотання, а також докази, які б обґрунтовували доводи клопотання, крім копії рапорту про виявлення кримінального правопорушення. Як правило, повинні подаватися належним чином завірені копії необхідних документів, оскільки оригінали зберігаються у матеріалах провадження. Адже слідчий самостійний у своїй професійній діяльності та має всі передбачені законом можливості для отримання відповідної інформації при підготовці клопотання.

Слідчому чи прокурору слід ретельно підходити до підбору документів та інших матеріалів, якими вони обґрунтовують доводи клопотання про необхідність проведення обшуку. Неприпустимо надавати документи та інші матеріали, які не стосуються клопотання, вони можуть розглядатися як зайві, надлишкові. Вони лише захаращують судовий розгляд непотрібними матеріалами, гальмують його, оскільки судді потрібен час, щоб з ними уважно ознайомитися [101].

За час дії КПК України вже непоодинокі випадки безпідставного звернення органів досудового розслідування до слідчого судді з клопотанням про проведення обшуку, рівень самих клопотань невисокий, а їх юридичне наповнення не завжди відповідає вимогам, що встановлені законом. Усе це не сприяє забезпеченню прав і свобод людини та їх законних інтересів, з одного боку, та ефективному і результативному виконанню завдань кримінального провадження, – з іншого.

З огляду на це зростає значення форми та змісту клопотання на проведення обшуку та норм ст. 234, 235 КПК України, де передбачені два види наслідків розгляду такого клопотання: про відмову в задоволенні та про надання дозволу на обшук. Така структура процесуальних норм змушує сторону обвинувачення готувати високого рівня клопотання через позбавлення можливості у

подальшому повторно звернутися з тим самим обґрунтуванням або усунути недоліки. Власне кажучи, не стати заручником самим створеної ситуації. Зокрема, у клопотанні зазначаються: відомості, які підтверджують факт вчинення кримінального правопорушення (відомості з ЄРДР про вчинення кримінального правопорушення, предметом яких є дане майно); цей пункт, на нашу думку, недоречний, відомості є вже в ЄРДР, оскільки слідчий суддя не вирішує справу по суті; його доцільно прибрати з п. 5 ст. 234 КПК України також через те, що він не узгоджується із ч. 3 ст. 234 КПК України, яка не вимагає від слідчого, прокурора надавати такі докази; мета обшуку (для чого проводиться зазначена дія, тобто що планує слідчий, прокурор отримати за результатами проведення такої слідчої (розшукової) дії); зв'язок особи володільця житла (особи, яка фактично проживає) чи іншого володіння з досудовим розслідуванням (достатність відомостей вважати, що у житлі фактично проживає особа, яка вчинила кримінальне правопорушення, та наявні дані, що у даному будинку за фактичним місцем проживання правопорушника є засоби або знаряддя вчинення злочину, або речі, викрадені у потерпілого, підтверджені дані, що правопорушник проживає у будинку, що належить іншій особі); відомості про те, що відшукані речі й документи, на які є посилання у клопотанні, мають значення для цілей досудового розслідування як самостійно, так і в сукупності з іншими доказами, а також відомості, що дані речі можуть бути доказами під час судового розгляду у зазначеному кримінальному провадженні, що відшукані речі, документи або особи можуть знаходитись у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи; особи, які проводитимуть обшук, уповноважені на здійснення такої дії (передбачити випадки проведення обшуку шляхом надання доручення іншому слідчому, прокурору. Але в жодному разі не оперативному працівнику, оскільки ч. 2 ст. 235 КПК України передбачає, що в ухвалі слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи зазначається прокурор, слідчий, який подав клопотання про обшук. Про цих осіб йдеться у ст. 234 КПК України); посилання на норми КПК України щодо проведення обшуку; підстави для проникнення до житла чи іншого володіння особи без ухвали слідчого судді (у

разі проникнення до житла чи іншого володіння у невідкладних випадках – ч. 3 ст. 233 КПК України); аргументований факт невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів. Це може бути акт, протокол тощо (ч. 1 ст. 166 КПК України).

Запропоновані елементи мають бути не просто зазначені у клопотанні, а й зрозумілою має бути надана їх оцінка, тобто має чітко визначатись, яким чином такі елементи взаємопов'язані з кримінальним провадженням та як вони впливають на права, свободи і законні інтереси володільця/власника житла чи іншого володіння особи. Така багатогранність клопотання про обшук житла чи іншого володіння особи вказує на те, що воно включає комплекс заходів, цілісний механізм якого спрямований на формування доказової бази з одночасним захистом прав і свобод людини і громадянина. Не можна зазначати у клопотанні, що обшук проводиться за місцем проживання чи знаходження підозрюваного, а також не можна з одним клопотанням звертатися і просити надати дозвіл на проведення обшуку в декількох приміщеннях, які мають різне функціональне призначення.

Незважаючи на досить широке дослідження питань форми та змісту клопотання про проведення обшуку як у матеріально-правовому, так і в процесуальному аспектах, правозастосовна практика виявляє низку проблем реалізації цього інституту, які вимагають теоретичного осмислення та практичного вирішення.

Як підстави для відмови у задоволенні клопотань про обшук слідчі судді зазначають: 1) здебільшого ненадання належних доказів на обґрунтування клопотання і недоведеність обґрунтованості клопотання при його безпосередньому розгляді; 2) незазначення підстав для проведення обшуку; 3) незазначення особи, якій належить житло чи інше володіння, та особи, у фактичному володінні якої воно знаходиться (п. 6 ч. 3 ст. 234 КПК України); 4) незазначення, які конкретно необхідно відшукати знаряддя та засоби вчинення злочину, інші предмети та речі, здобуті злочинним шляхом. Причинами повернення клопотань про проведення обшуку стали порушення вимог щодо територіальної юрисдикції та заяви органів досудового

розслідування про їх повернення. У зв'язку зі змінами у порядку реєстрації нерухомого майна у слідчих та прокурорів виникають певні труднощі в отриманні даних щодо власників будинків та квартир, оскільки процедура отримання такої інформації суворо регламентована й тривала, що перешкоджає оперативності слідчих дій. Оскільки КПК України не передбачено визначення територіальності при розгляді клопотань про проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, то у суддів виникають спірні питання щодо підсудності розгляду зазначеної категорії справ [85].

Відповідно до змін, що набрали чинності у цьому році, додатковою підставою для відмови слідчим суддею у задоволенні клопотання про обшук є не доведеність слідчим або прокурором наявності достатніх підстав вважати, 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.

Важливим моментом є те, що на момент прийняття рішення про проведення обшуку слідчому чи прокурору можуть бути ще невідомі всі ознаки предметів, які планується відшукати, тому в клопотанні слідчого, на думку деяких слідчих суддів, як і в ухвалі слідчого судді, можна їх не деталізовувати, а вказати на вже відомі загальні відомості про них. Якщо слідчий чи прокурор вносять до суду клопотання про проведення повторного обшуку, підстави для його проведення не можуть бути аналогічними, як і при первинному обшуку.

Притримуємось думки О. І. Коровайко про те, що вони повинні доповнювати ті, які вже розглядалися слідчим суддею, або бути новими, якщо не були відомі слідчому чи прокурору при проведенні первинного обшуку [94].

Заслуговує на увагу вимога зазначення у клопотанні обставин кримінального правопорушення, у зв'язку розслідуванням якого подається клопотання, а не всіх відомостей про кримінальну подію. Недотримання такого принципу на практиці часто призводить до перенесення відомостей із клопотання слідчого до ухвали слідчого судді. Надалі така ухвала потрапляє до

рук учасників провадження і зазначені у ній відомості стають відомі великому колу осіб. Така несвідома неуважність слідчого, прокурора призводить до розголошення таємниці досудового розслідування. У даному випадку потрібно врахувати взаємозумовленість кримінально-процесуальних та кримінально-правових норм.

На практиці непоодинокі випадки, коли у клопотанні відсутні доказові та необхідні відомості, однак вони містяться у додатках до клопотання, з яких вбачається, що відшукані грошові кошти знаходяться у конкретному будинку із зазначенням адреси. Це вимагає ефективного прокурорського нагляду при погодженні клопотання, зокрема при формуванні доказової бази.

Як свідчить судова практика, слідчі та прокурори, звертаючись до слідчого судді з клопотаннями про обшук, досить часто зловживають вимогами п. 7 ч. 3 ст. 234 КПК України, відповідно до якого клопотання про обшук повинно містити вичерпний перелік речей та документів, які потрібно розшукати, оскільки фраза «інші речі, предмети, документи, що мають відношення до кримінального провадження та майна, здобутого у результаті вчиненого кримінального правопорушення» відкрила великий простір для маневру під час розгляду клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження [94; 161].

Зрозуміло, що перенесення такого тексту в ухвалу слідчого судді фактично дозволить слідчому діяти на свій розсуд, вилучати будь-які речі та предмети, зокрема ті, які не стосуються кримінального провадження, у межах якого проводиться обшук.

Доречно нагадати, що відсутність у клопотаннях посилання на конкретні речі, документи або осіб, яких планується відшукати, призводить до порушення недоторканності житла, що гарантоване КПК України, Конституцією України та неповною мірою відповідає п. 7 ч. 3 ст. 234 та п. 6 ч. 2 ст. 235 КПК України. На нашу думку, у разі неможливості точного зазначення речей, документів правильним буде зазначення родових ознак речей чи документів, які підлягають вилученню, з підстав недопущення у подальшому сумнівів та суперечностей.

Невиконання вимог про законність, обґрунтованість та вмотивованість рішення слідчого судді спричиняє визнання обшуку незаконним. Зокрема, ЄСПЛ, визнаючи порушення ст. 8 КЗПЛ та констатуючи незаконність обшуку в справі „Ернст та інші проти Бельгії” зазначив, що ордер на проведення обшуку не містив жодної інформації про конкретні цілі та підстави проведення обшуку, характер розслідування, точні місця проведення обшуків та про предмети, що підлягали вилученню. Власне кажучи, наслідком таких дій є те, що під час обшуку житла чи іншого володіння особи практикується вилучення більшої кількості документів чи речей, ніж зазначена в ухвалі (санкції) слідчого судді. За логікою ч. 7 ст. 236 КПК України такі «додатково» вилучені об’єкти стають тимчасово вилученим майном і на наступний робочий день їх долю повинен вирішувати суд. Хоча опосередковано у ч. 8 ст. 236 КПК України та безпосередньо у ст. 103 КПК України міститься вказівка на те, щоб протокол обшуку складався, але в деяких випадках він не складається або не фіксується весь перелік вилученого майна і прокурор/слідчий не звертається до суду. Цим порушується право власності. Натомість таке порушення процесуальних гарантій призводить до додаткових обов’язків слідчого, прокурора. Слідчий буде зобов’язаний повернути це майно володільцю не пізніше 4 діб після вилучення, якщо суд за клопотанням слідчого не накладе на нього арешт як на таке, що стосується провадження. У разі, якщо таке клопотання не подавалося, строк повернення майна скорочується до однієї робочої доби (ст. 16, 169, 171, 173, 236, 237 КПК України). Ця інноваційна норма кореспондується з принципом розумності термінів здійснення процесуальних дій (ст. 28, 113) і, очевидно, покликана стимулювати слідчих:

- а) при обшуку дотримуватись переліку майна, наведеного у дозволі суду;
- б) лише за наявності достатніх підстав приймати відповідні рішення відносно вилучення іншого майна;
- в) у будь-якому випадку формувати детальні його описи, як цього вимагає процедура;
- г) не зволікати з поверненням необґрунтовано вилученого майна, яке не має значення у кримінальному провадженні.

Адже відхилення від дозволу суду змусить їх проводити додаткове документальне оформлення і доводити обґрунтованість своїх дій перед судом. Отже, при розгляді та погодженні клопотання про обшук необхідно виходити з обов'язку слідчого (прокурора), довести перед судом наявність достатніх підстав вважати, що відшукані речі, документи мають значення для досудового розслідування, співвідносяться з обставинами вчиненого кримінального правопорушення за витягом з ЄРДР і знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі.

При цьому прокурору слід пам'ятати, що слідчий суддя буде у кожному конкретному випадку оцінювати, чи є обґрунтованою необхідність обмеження конституційного права особи, вина якої не встановлена обвинувальним вироком суду і яка має право на поводження з нею як з невинуватою особою. Крім того, прокурору при погодженні або самостійному складанні клопотання потрібно з'ясувати взаємозалежні вимоги, які суд при закритому розгляді клопотання буде встановлювати, а прокурор – доводити або спростовувати їх. Адже невиконання вимог про законність, обґрунтованість та вмотивованість рішення слідчого судді спричиняє собою визнання обшуку незаконним, а отриманих при цьому відомостей недопустимими для подальшого використання як доказів.

Наступною важливою складовою організаційного аспекта прокурорського погодження клопотання є правильне визначення, відповідно до ст. 32, 34, 218 КПК України, місця проведення досудового розслідування, підсудності для правильного визначення суду, до якого слід подавати клопотання.

З точки зору міжнародно-правових актів (Загальної декларації прав людини, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Міжнародного пакту про громадянські і політичні права), а також справ, розглянутих Європейським судом з прав людини, законними можна вважати обмеження права на недоторканність житла, якщо вони мають правову основу. Такою основою має бути законна, обґрунтована та мотивована ухвала слідчого судді, постановлена за результатами всебічного дослідження клопотання на проведення обшуку [85].

За результатами розгляду клопотання слідчий суддя за наявності підстав виносить ухвалу про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи або ухвалу про відмову у задоволенні клопотання про обшук. Можливе також часткове задоволення клопотання, якщо, наприклад, суддя дає дозвіл на обшук у приватному будинку, але відмовляє у задоволенні клопотання в частині проведення обшуку надвірних споруд [100].

Частина 1 ст. 235 КПК України передбачає, що ухвала слідчого судді про дозвіл на обшук житла надає право проникнути до конкретного житла чи іншого володіння особи лише один раз, але в будь-який час протягом визначеного в ухвалі строку, в межах якого дозволено провести обшук. Але відповідно до ч. 4 ст. 223 КПК України, проведення слідчих (розшукових) дій у нічний час (з 22 до 6 години) не допускається, за винятком невідкладних випадків, коли затримка в їх проведенні може призвести до втрати слідів кримінального правопорушення чи втечі підозрюваного.

Відповідно до ч. 5 ст. 234 КПК України слідчий суддя має право відмовити у задоволенні клопотання про обшук, якщо прокурор, слідчий не доведе наявність достатніх підстав вважати, що:

- 1) було вчинено кримінальне правопорушення;
- 2) відшукувані речі та документи мають значення для досудового розслідування;
- 3) відомості, які містяться у відшукуваних речах та документах, можуть бути доказами під час судового розгляду;
- 4) відшукувані речі, документи або особи знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи [100].

У разі відмови слідчий суддя складає ухвалу про відмову в задоволенні клопотання про обшук.

Якщо слідчий суддя задовольняє клопотання про обшук, він виносить ухвалу про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи. Слід зазначити, що рішення слідчого судді про дозвіл або ненадання дозволу на проведення обшуку в житлі оскарженню не підлягає. Висновок про неможливість оскарження ухвал слідчого судді про дозвіл на проведення обшуку або про

відмову в наданні дозволу на його проведення впливає зі змісту ст. 309 КПК України, яка надає вичерпний перелік рішень слідчого судді, які можуть бути оскаржені (у цьому переліку немає ухвал про дозвіл на проведення обшуку або про відмову в наданні такого дозволу) [241].

Зміст ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи має відповідати загальним вимогам щодо змісту ухвал, передбачених ст. 372 КПК України. Ухвала складається з:

1) вступної частини, в якій зазначається:

- дата і місце її постановлення;
- прізвище, ім'я, по батькові слідчого судді, секретаря судового засідання;
- найменування (номери) кримінального провадження (якщо у кримінальному провадженні особі повідомлено про підозру, потрібно зазначити прізвище, ім'я та по батькові підозрюваного);

- кваліфікація кримінального правопорушення, факт вчинення якого розслідується;

- відомості про слідчого (прокурора), який звернувся з клопотанням (ч. 2 ст. 235 КПК України);

2) мотивувальної частини, в якій зазначається:

- зміст питання, що вирішується ухвалою, та інформація про те, за чиєю ініціативою воно розглядається (про надання/ненадання дозволу органу досудового розслідування на проведення обшуку);

- встановлені судом обставини із посиланням на докази, а також мотиви неврахування окремих доказів;

- мотиви, з яких суд виходив при постановленні ухвали, і положення закону, яким він керувався;

- положення закону, на підставі якого постановляється ухвала (ч. 2 ст. 235 КПК України);

- адреса житла чи іншого володіння особи або частини житла чи іншого володіння особи, які мають бути піддані обшуку (ч. 2 ст. 235 КПК України);

- особа, якій належить житло чи інше володіння, та особа, у фактичному володінні якої воно перебуває (ч. 2 ст. 235 КПК України). Необхідно вказати

прізвище, ім'я та по батькові такої особи, її дату народження. Це необхідно для запобігання непорозуміннь у разі, якщо в квартирі проживають особи зі схожими прізвищами чи іменами;

- речі, документи або особи, для виявлення яких проводиться обшук (ч. 2 ст. 235 КПК України). Речі, документи або особи, які підлягають відшукуванню, повинні бути чітко зазначені, що є додатковою гарантією дотримання конституційних прав особи. На це неодноразово звертав увагу Європейський Суд з прав людини (зокрема справа «Смірнов проти Росії» від 07.06.2007 р.);

3) резолютивної частини, в якій зазначається:

- висновки суду (надання/ненадання дозволу на проведення обшуку);
- точна адреса житла чи іншого володіння особи або частина житла чи іншого володіння особи, які мають бути піддані обшуку;

- прізвище, ім'я та по батькові, дата народження особи, якій належить житло чи інше володіння; прізвище, ім'я, по батькові, дата народження особи, у фактичному володінні якої перебуває житло чи інше володіння;

- строк дії ухвали, який не може перевищувати одного місяця від дня її постановлення (у межах граничного місячного строку; слідчий суддя самостійно обирає строк, протягом якого дозволяється провести обшук);

- про те, що ухвала не може бути оскаржена.

Також виготовляються дві копії ухвали, які чітко позначаються як копії. Одна копія ухвали вручається особі, яка володіє житлом чи іншим володінням, що підлягає обшуку, а за її відсутності – вручається іншій присутній особі або залишається на видному місці в обшуканому житлі чи іншому володінні [100].

Ну і нарешті, наслідком зазначеної вище діяльності є складання протоколу обшуку. Так, Д. П. Чумак вважає, що метою складення протоколу обшуку є процесуальна фіксація (оформлення) ходу проведення слідчої (розшукової) дії «обшук» та отриманих результатів [241].

Ми вважаємо, що у протоколі обшуку має бути зазначено все, що було виявлено, та в тій послідовності, в якій це відбувалося, і в тому вигляді, в якому спостерігалось під час проведення вказаної СРД.

На вимогу ст. 106 КПК України, протокол складає слідчий або прокурор, які проводять відповідну процесуальну дію під час її проведення або безпосередньо після її закінчення.

Відповідно до ст. 104 КПК України, протокол обшуку має бути чітко структурованим. Він складається з трьох частин:

I. Вступної частини, яка повинна містити відомості про:

1) місце, час проведення та назву процесуальної дії (обшук житла чи іншого володіння);

2) особу, яка проводить процесуальну дію (прізвище, ім'я, по батькові, посада);

3) усіх осіб, які присутні під час проведення процесуальної дії (прізвища, імена, по батькові, дати народження, місця проживання).

Слід зазначити, що, за ч. 3 ст. 236 КПК, слідчий, прокурор має право заборонити будь-якій особі залишити місце обшуку до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають його проведенню. Невиконання цих вимог спричиняє передбачену законом відповідальність. У разі висунення такої вимоги учасники слідчої (розшукової) дії повинні бути про це повідомлені, що вони підтверджують своїми підписами у протоколі обшуку.

Обшук є слідчою (розшуковою) дією, під час проведення якої можуть бути тимчасово обмежені права і свободи осіб, яким належить житло чи інше володіння, в якому проводиться обшук. Враховуючи це, ч. 1 ст. 236 КПК України зобов'язує слідчого, прокурора вжити належних заходів для забезпечення присутності зазначених осіб під час проведення обшуку.

Обов'язково у протоколі повинна бути відмітка про ознайомлення особи, у житлі якої здійснюється обшук, з ухвалою слідчого судді про проведення обшуку в житлі. Нерідко виникають ситуації, коли особи просто відмовляються ставити свій підпис. Вважаємо, що в таких ситуаціях, коли вже є винесена ухвала, то відмова з нею ознайомитись є порушенням закону й особа повинна нести відповідальність за це;

4) інформацію про те, що особи, які беруть участь у процесуальній дії, заздалегідь повідомлені про застосування технічних засобів фіксації,

характеристики технічних засобів фіксації та носіїв інформації, які застосовуються при проведенні процесуальної дії, умови та порядок їх використання.

Відповідно до змін чинного КПК України, що набрали чинності у цьому році, відеофіксація обшуку є обов'язкова.

Про застосування технічних засобів фіксування цієї СРД заздалегідь повідомляються особи, які беруть участь у ній, що вони підтверджують своїми підписами.

II. Описова частина повинна містити відомості про:

1) послідовність дій. У протоколі обшуку повинні фіксуватися всі пошукові дії, які здійснює слідчий (прокурор), і в тій послідовності, в якій вони були здійснені. Необхідно зазначити, в яких приміщеннях, кімнатах проводився обшук, які предмети були вилучені з того чи іншого приміщення;

2) отримані в результаті процесуальної дії відомості, важливі для цього кримінального провадження, зокрема виявлені та/або надані речі й документи, заносяться до протоколу, оглядаються та опечатуються. Якщо речі чи документи знайдено під час обшуку, вони підлягають негайному огляду та опечатуванню із засвідченням підписами осіб, які брали участь у проведенні обшуку. У разі, якщо огляд речей і документів на місці здійснити неможливо або їх огляд пов'язаний з ускладненнями, вони тимчасово опечатуються і зберігаються в такому вигляді доти, доки не буде здійснено їх остаточний огляд та опечатування.

III. Заключна частина повинна містити відомості про:

1) вилучені під час обшуку речі й документи та спосіб їх ідентифікації. Під час проведення зазначеної СРД слідчий, прокурор зобов'язаний належним чином упакувати вилучені під час обшуку речі та документи й чітко позначити їх (зазначити дату, час вилучення, місце вилучення, прізвище та посаду особи, яка проводила обшук, а також зазначити учасників обшуку). Всі учасники обшуку повинні поставити свій підпис.

Не слід забувати, що іноді мають місце випадки, коли слідчому (прокурору) нелегко описати або ідентифікувати вилучене майно з різних на те

причин (великих об'ємів, значної подібності). У цій ситуації доцільно застосовувати фотографування та опечатувати і зберігати все у тому вигляді доти, доки не буде здійснено їх остаточний детальний огляд;

2) спосіб ознайомлення учасників зі змістом протоколу може бути різний. Так, протокол може бути зачитаний слідчим, прокурором уголос або наданий для самостійного ознайомлення (прочитання) кожному учасникові СРД. Особи, у присутності яких здійснюється обшук, мають право робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу обшуку. Такі зауваження й доповнення фіксуються у протоколі перед його підписанням.

Протокол підписують усі учасники, які брали участь у проведенні обшуку. Якщо особа через фізичні вади або з інших причин не може особисто підписати протокол, то ознайомлення такої особи з протоколом здійснюється у присутності її захисника (законного представника), який своїм підписом засвідчує зміст протоколу та факт неможливості його підписання особою.

Важливим елементом є те, коли особа, яка брала участь у проведенні обшуку, відмовилася поставити свій підпис, про це зазначається у протоколі.

Такій особі надається право дати письмові пояснення щодо причин відмови від підписання, які заносяться до протоколу. Факт відмови особи від підписання протоколу, а також факт надання письмових пояснень особи щодо причин такої відмови засвідчується підписом її захисника (законного представника), а в разі його відсутності – понятих (ч. 6 ст. 104 КПК України).

Факт фіксування та отримання копії протоколу проведення обшуку за допомогою технічних засобів зазначається у протоколі.

Важливе значення мають додатки до протоколу, що долучають слідчий або прокурор, які проводили обшук. Так, відповідно до ст. 105 КПК України, додатками можуть бути:

- 1) спеціально виготовлені копії, зразки об'єктів, речей та документів;
- 2) письмові пояснення спеціалістів, які брали участь у проведенні відповідної процесуальної дії;
- 3) стенограма, аудіо-, відеозапис процесуальної дії;

4) фототаблиці, схеми, зліпки, носії комп'ютерної інформації та інші матеріали, що пояснюють зміст протоколу.

Висновки до розділу 3

У цьому розділі розглянуто процесуальний порядок проведення обшуку у кримінальному провадженні; досліджено проблемні питання проведення обшуку особи, як виду СРД – обшук; проаналізовано зарубіжний досвід кримінального процесуального щодо обшуку особи, а також структурно досліджено три основних процесуальних акти – клопотання, ухвала, протокол.

Проведене дослідження дозволяє дійти таких висновків.

1. Досліджено поняття «житло» та «інше володіння особи» з урахуванням практики Європейського суду з прав людини, де зроблено висновки, що у ній поняття «житло» тлумачиться досить широко й охоплює не лише «домівку», а й інші об'єкти, які за законодавством України житлом не визнаються, а належать до іншого володіння особи.

2. Визначено, що з точки зору міжнародно-правових актів (Загальної декларації прав людини, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Міжнародного пакту про громадянські і політичні права), а також справ, розглянутих Європейським судом з прав людини, законними можна вважати обмеження права на недоторканність житла, якщо вони мають правову основу. Такою основою є законна, обґрунтована та мотивована ухвала слідчого судді, постановлена за результатами всебічного дослідження клопотання.

3. Висвітлено досвід зарубіжних країн з питання проведення обшуку особи (РФ, Республіки Молдова, Білорусь, Казахстан), внаслідок чого зроблено висновки про те, що, з одного боку, законодавець нормативно закріплює право особи на недоторканність житла лише у Конституції України, а в кримінально-

процесуальному законі зазвичай встановлює винятки з цього правила (КПК РФ), а з іншого – законодавець більш повно й послідовно розкриває зміст права особи на недоторканність житла не тільки в конституційних нормах, а й безпосередньо у тексті кримінально-процесуального закону (КПК Республіки Молдова).

4. Сформульовано наявність трьох правових підстав для проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи, відповідно до аналізу положень КПК України. До них належать:

- 1) ухвала слідчого судді;
- 2) добровільна згода особи, яка володіє житлом чи іншим володінням;
- 3) ухвала слідчого судді, отримана на підставі невідкладних випадків, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину.

5. Дослідженню випадки для проведення особистого обшуку (обшуку особи):

- 1) ч. 3 ст. 208 КПК України – під час її затримання;
- 2) ч. 5 ст. 236 КПК України – обшук особи, яка перебуває в житлі чи іншому володінні і щодо якої є достатні дані вважати, що вона переховує на собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження;
- 3) обшук особи, яка перебуває за межами житла чи іншого володіння і щодо якої є достатні підстави вважати, що вона переховує при собі предмети або документи, які вилучені з обігу та мають значення у кримінальному провадженні.

6. Для удосконалення процесуального порядку проведення обшуку особи у кримінальному провадженні запропоновано:

- 1) виключити ч. 5 ст. 236 КПК України, що передбачає можливість проведення обшуку особи;
- 2) доповнити чинний КПК України ст. 234-1 «Обшук особи», яка передбачатиме суб'єктів, які мають право провести такий вид обшуку; підстави, випадки проведення та особливості проведення обшуку особи.

7. Розкрито та проаналізовано три основних процесуальних документи, що мають місце при проведенні обшуку у кримінальному провадженні: 1) клопотання; 2) ухвала; 3) протокол. Визначено, які зміни відображені у зазначених процесуальних актах у зв'язку з внесенням 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» змін до КПК України.

ВИСНОВКИ

У **висновках** дисертації на основі узагальнення відповідних теоретичних концепцій, наукових позицій вітчизняних і зарубіжних учених, законодавства та практики його застосування в діяльності правоохоронних органів України, з урахуванням досвіду інших країн розроблено наукові положення й отримано результати, що в сукупності розв'язують важливу наукову задачу щодо встановлення правових та організаційних засад обшуку у кримінальному провадженні, зокрема:

1. Комплексно досліджено генезис інституту обшуку у кримінальному процесі, в результаті якого виокремлено вісім основних етапів: від початку Х ст. і до періоду прийняття та дії чинного КПК України (2012 р. – теперішній час).

Встановлено, що розвиток інституту обшуку відбувався у напрямі від казуального закріплення окремих правил (норм) до встановлення відносно детального порядку дій уповноважених суб'єктів щодо виявлення та вилучення матеріальних об'єктів і слідів; відділення обшуку у системі процесуальних дій, а в подальшому – і виділення видів обшуку, встановлення особливостей його проведення щодо окремих об'єктів; закріплення правових гарантій допустимого втручання правоохоронних органів у сферу приватних інтересів; імплементатії міжнародних і європейських стандартів захисту прав людини у національне законодавство та практику його застосування.

2. Сформульовано поняття обшуку як обґрунтованої доказами та іншими

даними слідчої (розшукової) дії, сутність якої полягає у примусовому цілеспрямованому обстеженні окремих громадян, їх одягу та особистих речей, приміщень, споруд, житла, робочих місць, транспортних засобів, ділянок місцевості, що знаходяться у віданні обшукуваної особи та членів її сім'ї, або юридичної особи, яка здійснюється на підставі кримінального процесуального закону уповноваженою на те особою при дотриманні прав, свобод і законних інтересів громадян і юридичних осіб, з метою виявлення, фіксації та вилучення знарядь кримінального правопорушення, зброї, речей та цінностей, здобутих злочинним шляхом, а також предметів, документів та речових доказів, що мають значення у кримінальному провадженні, та встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб, трупів, тварин.

3. Встановлено, що достатніми підставами для проведення обшуку є обов'язкова сукупність фактичних та юридичних підстав.

При цьому, юридичними підставами визначено сукупність кримінальних процесуальних умов та норм, що регламентують проведення обшуку уповноваженим суб'єктом і належним чином оформлені спеціально визначеним процесуальним документом (ухвала слідчого судді). Відповідно, фактичними підставами обшуку визначено сукупність достатніх даних, достовірність яких належним чином перевірена та обґрунтована, про те, що знаряддя кримінального правопорушення, майно, яке було здобуте у результаті його вчинення, предмети і документи, які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення, знаходяться в житлі, іншому володінні особи чи в будь-якої особи, або коли є достатні підстави вважати, що в певному житлі чи іншому володінні особи переховуються розшукувані особи або знаходяться розшукувані трупи чи тварини.

Визначена система умов належного проведення обшуку, до якої запропоновано включити: визначення територіальної юрисдикції; відповідних суб'єктів звернення з клопотанням про дозвіл на обшук і безпосередньо проведення обшуку; за формою та змістом процесуальні документи; учасників обшуку (обов'язкових і факультативних); дотримання порядку проведення обшуку, встановленого кримінальним процесуальним законом.

4. Розкрито системний, взаємопов'язаний характер повноважень суб'єктів, які за законом мають право на проведення обшуку.

Визначено, що за змістом повноважень слідчого при проведенні обшуку у кримінальному провадженні їх переважна більшість, з одного боку, має зобов'язуючий для слідчого характер, а з іншого – обмежена у реалізації особливостями взаємодії слідчого з іншими службовими особами, які беруть участь у кримінальному провадженні.

Запропоновано вдосконалити правову регламентацію участі оперативних співробітників у проведенні обшуку слідчим, прокурором на підставі ухвали про проведення обшуку, зокрема через: доповнення переліку представників сторони обвинувачення оперативними підрозділами, встановлення вимоги зазначення у клопотанні про проведення обшуку посади, звання, ПІБ оперативного співробітника(ків), які будуть надавати допомогу при проведенні обшуку.

5. Визначено роль понятого як фізичної, повнолітньої, незацікавленої у кримінальному провадженні особи, яка запрошується слідчим, прокурором до проведення слідчих (розшукових), у необхідних випадках – процесуальних дій, з метою створення необхідних умов для найбільш об'єктивного і правильного їх проведення. Поняття понятого та його процесуальний статус пропонується закріпити у ст. 67-1 КПК України.

У результаті дослідження участі потерпілого, захисника, адвоката у проведенні обшуку визначена необхідність удосконалення нормативного регулювання моменту набуття особою процесуального статусу потерпілого, порядку технічного фіксування обшуку, зокрема адвокатом, порядку оскарження дій посадових осіб під час проведення обшуку. Сформульовані відповідні пропозиції та рекомендації.

6. Визначено види та процесуальний порядок проведення обшуку у кримінальному провадженні.

Сформульовані правові підстави для проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи відповідно до аналізу положень КПК України (ухвала слідчого судді; добровільна згода особи, яка володіє житлом чи іншим майном;

ухвала слідчого судді, отримана на підставі невідкладних випадків, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину).

Запропоновано деталізувати порядок звернення до слідчого судді у разі проникнення до житла чи іншого володіння особи без ухвали слідчого судді (у порядку, передбаченому ч. 3 ст. 233 КПК України), зокрема положеннями про те, що прокурор, слідчий за погодженням із прокурором зобов'язаний протягом 24 годин після здійснення таких дій звернутись із клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді, долучивши до нього, окрім матеріалів, передбачених вимогами ч. 3 ст. 234 КПК України, протокол проведеного обшуку.

Через неоднозначне праворозуміння та правозастосування уповноваженими учасниками кримінального провадження норм КПК України при проведенні особистого обшуку, формування розбіжної практики у цьому напрямі та відмінних правових наслідків досліджено випадки проведення особистого обшуку (обшуку особи), передбачені КПК України, запропоновано доповнити чинний КПК України ст. 234-1 «Обшук особи», що передбачатиме суб'єктів, які мають право провести такий вид обшуку; підстави, порядок проведення та особливості проведення обшуку особи.

7. Розкрито сутність прокурорського керівництва та судового контролю при проведенні обшуку.

Формами участі прокурора у проведенні, зокрема обшуку, визнано: 1) доручення прокурора на його проведення; 2) давання вказівок прокурором щодо його проведення; 3) участь прокурора у його проведенні; 4) особисте проведення прокурором обшуку; 5) погодження клопотання прокурором.

Запропоновано ст. 234 КПК України доповнити ч. 7 щодо наслідків неявки слідчого або прокурора у судовому засіданні з розгляду клопотання про надання дозволу на проведення обшуку.

Судовим контролем під час проведення обшуку запропоновано вважати регламентовані чинним законодавством правовідносини, що виникають при зверненні слідчого за погодженням із прокурором чи прокурора з клопотанням про проведення обшуку, сутність якого полягає у дослідженні і перевірці

законності й обґрунтованості приводів та підстав для проведення обшуку, а відповідно й обмеження конституційних прав і свобод особи.

За результатами аналізу досвіду існування судового контролю за дотриманням права на повагу до приватного життя, існуючих у різних країнах світу, визначено порядок дій слідчого судді у кримінальному провадженні та форми здійснення судового контролю.

8. Сформульовано й обґрунтовано внесення пропозицій і рекомендацій щодо вдосконалення законодавства та практики його застосування у контексті питань, що розглядаються у дисертаційному дослідженні. Зокрема, змін до п. 19 ч. 1 ст. 3, п. 3 ч. 2 ст. 40, ч. 2 ст. 55, ч. 1 ст. 107, ч. 3 ст. 233, ч. 1, 3, 4, 7 ст. 234 КПК України, доповнення КПК України новими статтями: ст. 67-1 «Понятій», ст. 234-1 «Обшук особи».

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Абдрахманов и [и др.] Уголовный процесс: учеб. для вузов. – М., 2010. – с. 663.
2. Абламський С. Є. Захист прав і законних інтересів потерпілого у кримінальному провадженні : монографія / С. Є. Абламський / За загальною редакцією доктора юридичних наук, професора О. О. Юхна. – Харків : Панов, 2015. – 240 с.
3. Абламський С. Є., Юхно О. О., Лук'яненко Ю. В. Взаємодія слідчого з іншими органами і підрозділами при розкритті та розслідуванні кримінальних правопорушень: навчальний посібник / за заг. ред. доктора юридичних наук, професора О.О. Юхна. – Харків. – 2017. – 152 с.
4. Аверченко А. К. Подозреваемый и реализация его прав в уголовном процессе : дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / А. К. Аверченко. – Томск, 2001. – 241 с.
5. Аленин Ю. П. Процессуальные особенности производства следственных действий. – К-д, Центрально-Украинское издательство. – 2002. – 264 с.
6. Аналіз даних судової статистики щодо розгляду справ і матеріалів місцевими загальними судами, апеляційними судами областей та м. Києва за 2015 рік : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sc.gov.ua/ua/sudova_statistika.html.
7. Арабули Д. Т. Теоретические и практические основы регулирования процессуального положения и деятельности адвоката – нового участника уголовного судопроизводства: монография / науч. ред. д.ю.н., проф. РФ А. П. Гуськова. Санкт-Петербург – Челябинск: ООО «Полиграф-Мастер», 2006. 136с.
8. Ахтирська Н., Філатов В., Фулей Т., Хембай Х. Стаття 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: стандарти застосування при здійсненні правосуддя. Київ, Істина, 2011. 200 с.

9. Бабкова В. Проблеми здійснення прокурором наглядових повноважень у формі процесуального керівництва під час проведення досудового розслідування. Вісник Національної академії прокуратури України. – № 3. – 2012. – с. 71-73.

10. Баганець О.В. Обшук особи як засіб отримання доказів стороною обвинувачення у досудовому розслідуванні прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою // Вісник кримінального судочинства. – № 3. – 2016, с. 133-139.

11. Бакиров А. А. Уголовно-процессуальные аспекты производства обыска и выемки : диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.09 / Бакиров Азат Ахатович - Уфа, 2009.- 252 с.

12. Бакиров А.А. Уголовно-процессуальные аспекты производства обыска и выемки: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 Бакиров Азат Ахатович - Уфа, 2009.- 252 с.: // Режим доступа. – [Электронный ресурс] : <http://www.dissercat.com/content/ugolovno-protsessualnye-aspekty-proizvodstva-obyska-i-vyemki#ixzz3MXZvUqc9>.

13. Баришніков А.Г. Обшук особи за новим КПК України: теоретичні та практичні проблеми / А. Г. Баришніков // Вісник НААУ. – 2015. – № 7–8. – С. 35–43.

14. Басиста І. В., Щур Б. В. Процесуальна самостійність слідчого в світлі вимог чинного КПК: проблеми та перспективи // Науково-інформаційний вісник “Право”. – № 11. – 2015. – с. 141-147.

15. Бедняков Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. – М., 1991.

16. Бедняков И. Л. Обыск: проблемы эффективности и доказательственного значения. – М., 2010.С. 8-176.

17. Белкин Р. С. Курс криминалистики: в 3-х т. – Т 3: Криминалистические средства, приемы и рекомендации / Р. С. Белкин. – М.: Юристъ, 1997. – 480 с.

18. Белкин Р.С. Очерки криминалистической тактики: Учеб. пособие. Волгоград: ВСШ МВД РФ, 1993. – 174 с.

19. Белозеров Ю. Н., Рябоконь В. В. Производство следственных действий. – М, 1990. – 144 с.
20. Берназ В.Д. Рішення слідчого (криміналістичний, процесуальний та психологічний аспекти) : монографія / В.Д. Берназ, С.М. Смоков. – Одеса: ОЮІ НУВС, 2005. – 151 с.
21. Біленчук П.Д., Гель А.П. Основи криміналістичної тактики: Курс лекцій. – Вінниця: Вінницька філія МАУП, 2001.
22. Бронз Й. Л. Зміни й доповнення, що пропонується використовувати під час обговорення проекту Кримінально-процесуального кодексу України / Йосип Львович Бронз // Адвокат. – 2003. – С. 9–10.
23. Булейко О. Л. Участь понятих у кримінальному процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / О. Л. Булейко. – К., 2009. – 19 с.
24. Булейко О. Л. Участь понятих у кримінальному процесі : монограф. – К. : КНТ, 2010. – 168 с.
25. Быховский И.Е. Процессуальные и тактические вопросы системы следственных действий: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Всесоюз. ин-т по изуч. причин и разработке мер предупреждения преступности прокуратуры СССР. - Ленинград: 1976. - 32 с.
26. Валиев А.Х. Тридцатые годы глазами прокурора и узника (повествование о жертвах политических репрессий в Республике Татарстан). Казань: Книга памяти. 2003. С. 16–18.
27. Варфоломеева Т. В., Гончаренко В. Г. Криміналістика: академічний курс, Київ. - Юрінком Інтер. – 2011. – 496 с.
28. Введенська В. В. Кримінально-процесуальні гарантії реалізації права на юридичну допомогу осіб, постраждалих від злочину : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / В. В. Введенська – К. : Нац. акад. прокуратури України, 2009.
29. Вегера-Іжевська І. В. Правовий статус особи, у житлі чи іншому володінні якої проводиться обшук. Проблеми законності. – 2017. –Вип. 137. – с. 157-167.

30. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. ; Ірпінь: ВТФ “Перун”, 2001. – 1440 с.
31. Великий тлумачний слоник сучасної української мови (з дод. і допов.). Київ, Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.
32. Використання матеріалів оперативно-розшукової діяльності в інтересах кримінального процесу. Метод. рек. уклад. В.Є. Тарасенко, І.Ф. Хараберюш, О.С. Шаптала та ін. Одеса. ОДУВС. 2015, 28 с.
33. Винберг А. И. Предмет, задачи и система науки советской криминалистики // Криминалистика: Учебник. – М., 1959.
34. Висновок щодо проекту Кримінального процесуального кодексу України: підготовлено Директоратом з питань правосуддя та захисту людської гідності, Генерального директорату І – Права людини і верховенство права, на підставі експертизи Лорени Бахмайєр-Вінтер, Джеремі МакБрайда, Еріка Сванідзе. Київ, 2011. 91 с.
35. Галаган В.І. Реалії і проблеми нового КПК України / В.І. Галаган, О.І. Галаган // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. –№ 1. – С.16.
36. Галаган В. І., Канфуї І. В. Взаємодія слідчого, прокурора та слідчого судді під час вирішення питання проведення обшуку за КПК України // Криминалистика и судебная экспертиза. - 2015. - Вып. 60. - С. 161-171. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/krise_2015_60_21.
37. Галаган О. І., Письменний Д.П. Нозгляд клопотань учасників кримінального провадження під час досудового розслідування // Наукове забезпечення досудового розслідування: проблеми теорії та практики [Текст] : зб. тез доповідей V Всеукр. наук.-практ. конф. (Київ, 8 лип. 2016 р.). – К. : Нац. акад. внутр. справ, 2016. – 314 с.
38. Галиця О. С. Поняття та види обшуку. // Радянське право, 1976, № 5, с. 75-77.
39. Герасимов В. И. Тактика обыска и выемки / Герасимов В. И., Самошина З. Г. // Криминалистика : учеб. для высших учеб. заведений. – М., 1996. – С. 432- 444.

40. Глазирін Ф. В., Соловйова Н. А., Боровков А. В. Криміналістика. – Навч.-метод. посіб. – Волгоград. – 2003р.
41. Гловюк І.В. Стаття 233 КПК України: питання практичної реалізації / І.В. Гловюк // Молодий вчений. – № 2(17). – Лют., 2015 р. – С. 216–219.
42. Глушков В.О., Васишинчук В.І., Скалосуб Л.П., Бортницька Л.В. Судовий контроль у процесі здійснення оперативно-розшукової діяльності // Вісник Вищої ради юстиції. – 2010. – № 9. – С. 41.
43. Горбачов В. П. ін. Прийняття процесуальних рішень та проведення слідчих дій : [навч. посіб.] / [Горбачов В. П., Шаповалова Л. І., Шульга А. О. та ін.] ; за ред. Горбачова В. П. – Донецьк : ДЮОІ ЛДУВС, 2012. – 364 с.
44. ГПУ заборонила слідчим відмовляти адвокатам у праві бути присутніми при обшуках URL: <http://radako.com.ua/news/gpu-zaboronila-slidchim-vidmovlyati-advokatam-u-pravi-buti-prisutnimi-pri-obshukah>.
45. Грошевий Ю. М. Кримінальний процес України : [підруч.] / за ред. Грошевого Ю. М., Капліної О. В. – Х. : Право. 2010. – 607 с.
46. Грібов М. Л. Забезпечення оперативними підрозділами кримінального процесуального доказування як наукова категорія // Вісник кримінального судочинства. – № 3. – 2015. – с. 40-48.
47. Гуменна Н. В. Взаємодія слідчого з іншими суб'єктами розшуку під час здійснення ним розшукової діяльності //Актуальні проблеми держави і права. – 2014. – с. 497-504.
48. Гумін О. М. Використання слідчим сил та засобів оперативних підрозділів на досудовому розслідуванні / О. М. Гумін // Форум права. – 2013. – № 1. – С. 237-242. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2013_1_42.
49. Давлетов А.А. Основы уголовно-процессуального познания. Свердловск, 1991. 149 С.
50. Денисюк С. Ф. Обыск в системе следственных действий. (Тактико-криминалистический анализ) : [науч.-практ. Пособ.] / С. Ф. Денисюк, В. Ю. Шепитько. – Х. : Консум, 1999. – 159 с.

51. Деркач Н.М. Проблеми застосування положень Кримінального процесуального кодексу України щодо окремих слідчих (розшукових) дій та заходів забезпечення кримінального провадження // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2013. – № 5(14), с. 89-96.

52. Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод: Рим, 4 листопада 1950 року [Електронний ресурс]. Режим доступу: [Http://www.echr.ru/documents/doc/2440800/2440800-001.htm](http://www.echr.ru/documents/doc/2440800/2440800-001.htm).

53. Загоруй И.С. Система конституционных гарантий защиты прав и свобод человека и гражданина в Украине / И.С.Загоруй // Вісник Луганського інституту внутрішніх справ МВС України. – Луганськ: Науково-теоретичний журнал. – 1998. – № 6. – С.57-64.

54. Закатов А. А., Ямпольский А. Е. Обыск: Учеб. пособ. – Волгоград: ВСШ МВС СССР. – 1983. – 44 с.

55. Зарубенко О. В. Підстави проведення огляду у кримінальному провадженні України. – 2012. – Вип. 4. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [//file:///C:/Users/A/Downloads/FP_index.htm_2012_4_61.pdf](http://file:///C:/Users/A/Downloads/FP_index.htm_2012_4_61.pdf).

56. Зарубенко О.В. Види огляду у кримінальному процесуальному провадженні // О.В. Зарубенко // Митна справа. – 2012. – № 6. – Ч. 2 – Кн. 2. – С. 332-336.

57. Зеленецький В. С. Дослідче провадження про вчинений злочин: наук.-практ. посіб. / Зеленецький В.С. - Х. : Право, 2009. – 118 с.

58. Землянский П.Т. Уголовно-процессуальное законодательство в первые годы советской власти (на материалах УССР). К.: Типография МВД УССР, 1972. 307 с.

59. Злочинність в Україні: опублікована шокуюча статистика за 2017 рік // Режим доступу: <https://www.obozrevatel.com/ukr/crime/zlochinnist-v-ukraini-opublikovana-shokuyucha-statistika-za-2017-rik.htm>.

60. Ілієнко І. С. Як відрізнити законний обшук у житлі від незаконного проникнення до нього? Яким чином має поводити себе особа, в житлі якої проводиться обшук?/ Правозахистник року. – 2011. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://pravozahysnyk->

roku.org.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=243%3Aobshuk&catid=5%3Apravoviporady&Itemid=2.

61. Ільченко С.Ю. Визначення підстав для проведення обшуку // Підприємництво, господарство і право. – 2005. - № 4. – с. 144- 147.

62. Інформація щодо стану здійснення судочинства в Комсомольському міському суді Полтавської області протягом I півріччя 2017 року та завдання на II півріччя 2017 року // Режим доступу: <https://kom.pl.court.gov.ua/sud1612/pres-centr/news/389658/>.

63. Іскендеров Е. Ф. Оперативні підрозділи у системі суб'єктів кримінального процесуального доказування // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – Вип. 43. – том 2. – 2017. – с. 174-177.

64. Історія Радянської держави і права. - М., Наука, 1968, С. 89.

65. История государства и права России. Источники права. Юридические памятники XI XX вв. – М., 1995, С. 62.

66. Казак К. Обшук за новим КПК. // Ліга: Закон. 06.06.2013, вип. № 40 : «ЛІГА ЗАКОН», [Електронний ресурс]. – Режим доступа : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/EA005212.html.

67. Капліна О. В. Проблеми нормативного регулювання та практики проведення обшуку під час кримінального провадження // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2015. – № 2(12) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2015/n2/15kovckp.pdf>, с. 2.

68. Керевич О. В. Тактичні та процесуальні особливості проведення обшуку житла чи іншого володіння особи [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.apdp.in.ua/v71/55.pdf>.

69. Кіпер О.О. Процесуальна самостійність слідчого як гарантія всебічного, повного й неупередженого розслідування у кримінальному провадженні. Автореф. на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.09. Одеса, 2017. С 20.

70. Коваленко Є. Г. Кримінальний процес України: Підручник / Є.Г. Коваленко, В.Т. Маляренко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 704 с.

71. Коврига З.Ф. Дознание, проводимое органами милиции, в советском уголовном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 – «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность» / З.Ф. Коврига ; Воронежская высш. шк. МВД СССР. – Воронеж, 1964. – 18 с.

72. Комарова М.В. Гарантії забезпечення прав учасників кримінального провадження // Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини в Україні: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, Україна, 10-11 лютого 2017 р.) – Одеса: ГО «Причорноморська фундація права», 2017. – 112 с.

73. Комарова М.В. Історичний розвиток інституту обшуку в кримінальному процесі // «Legea si Viata» в Украине: ("Закон и Жизнь") м. Кишинів, Республика Молдова.- 2015.-№ 11/3 (287).- 142 с.

74. Комарова М.В. Кримінальні процесуальні підстави проведення обшуку// Науковий вісник Херсонського державного університет. – 2016. – Вип.№ 3. – Том 2 .- 177 с.

75. Комарова М.В. Обшук особи у кримінальному провадженні: сучасні реалії, європейський досвід // Електронне наукове фахове видання «Юридичний науковий електронний журнал». – 2017. – Запоріжжя, Вип. № 4. – 183 с., с. 158-159. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://www.lsej.org.ua/4_2017/43.pdf.

76. Комарова М.В. Підстави та випадки відмови слідчими суддями у задоволенні клопотання слідчого (прокурора) про проведення обшуку // Особливості розвитку публічного та приватного права в Україні: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 21-22 липня 2017 року). – Харків: ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2017. – 104 с.

77. Комарова М.В. Поняття слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні // Актуальні проблеми застосування кримінального законодавства : матеріали круглого столу (Київ, 5 листоп. 2015 р.) / відп. ред. О. С. Стеблинська. – К. : Державна пенітенціарна служба України, Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. – 236 с.

78. Комарова М.В. Поняття обшуку як самостійної слідчої (розшукової) дії у кримінальному процесі України. // «Проблеми та стан дотримання захисту прав людини в Україні»; Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Львів, 14-15 серпня 2015 р. – Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив» 2015. – 124 с.

79. Комарова М.В. Підстави проведення слідчих (розшукових) дій. // Міжнародні та національні правові виміри забезпечення стабільності»; Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Львів, 15-16 квітня 2016 р. – Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив» 2016. – 168 с.

80. Комарова М.В. Правова регламентація поняття «Обшук». //«Реформування національного та міжнародного права: перспективи та пріоритети»; Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, (м. Одеса, Україна, 22-23 січня 2016 р.) – Одеса: ГО “Причорноморська фундація права”, 2016. – 104 с.

81. Комарова М.В. Повноваження слідчого під час проведення обшуку у кримінальному провадженні // Науковий вісник Херсонського державного університету. Вип. 1. Том 2. – 2018, с. 125-128.

82. Комарова М.В. Прокурорський нагляд та судовий контроль за дотриманням слідчими законів під час проведення обшуку // Електронне наукове фахове видання «Порівняльне – аналітичне право». – 2017. – Ужгород, Вип. № 3. – 272 с. с. 224-226 [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://www.pap.in.ua/3_2017/68.pdf.

83. Комарова М.В. Судовий контроль під час проведення обшуку // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – 2017. – Одеса Вип. № 26.- 133 с.

84. Комарова М.В. Тлумачення понять «житло» та «інше володіння особи» // Шляхи вдосконалення нормативно-правової бази України як основи сталого розвитку суспільства: міжнародна науково-практичної конференції (м. Харків, 1 – 2 вересня 2017 р. Х.: Східноукраїнська наукова юридична організація, 2017. – 96 с.

85. Комарницька О.Б. Клопотання на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи: сучасний стан та перспективи / О.Б. Комарницька // Судова апеляція. – № 3(26). – 2014. – С. 46–55.

86. Комарницька О. Б. Окремі питання здійснення обшуку житла стороною обвинувачення. // Часопис цивільного і кримінального судочинства № 4(31). – 2016. – с. 118-129.

87. Комарницька О. Особистий обшук: сучасний стан та перспектива / О. Комарницька // Часопис Акад. адвокатури України. – 2014. – Т. 7. – № 2 (23). – С. 41–46.

88. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) // Под общ. ред. В.И. Радченко – М.: Юстицинформ, 2004. – С. 268.

89. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 04.11.1950 р. : набрання чинності для України 11.09.1997 р. : станом на 01.06.2010 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

90. Коновалова В. Е. Обыск: тактика и психология : учеб. пособие / В. Е. Коновалова, В. Ю. Шепитько. – Х. : Гриф, 1997. – 80 с.

91. Конституція України: Текст Основного Закону з офіційними тлумаченнями Конституційного Суду. (Огляд і коментарі В. Ф. Погорілка та В. Л. Федоренка). -К.: Наукова думка, 2006. - 210 с.

92. Корнуков В.М. . Конституционные основы положения личности в уголовном судопроизводстве. — Саратов, 1987. 180 с.

93. Корнуков В.М. Теоретические и правовые основы положения личности в уголовном судопроизводстве: Дисс. ... док. юрид. наук: спец. 12.00.09 / В.М. Корнуков. – Х., 1988. – 410 с.

94. Коровайко О. І. Розгляд клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Проблемні питання, що виникають у практиці слідчих суддів/ О. І. Коровайко // Слово Національної школи суддів України. – 2013. – № 1(2). – С. 23.

95. Корсун В. Судовий контроль у досудових стадіях кримінального процесу // Підприємництво, господарство і право. – 2010. - № 10. – с. 193-195.
96. Криміналістика: Учебник / Отв. ред. Н.П. Яблоков. 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2001. – 718 с.
97. Кримінальний процесуальний кодекс України, Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Кримінального процесуального кодексу України»: чинне законодавство з 19 листопада 2012 року: (офіц.. текст). – К.: Паливода А.В., 2012. – 382 с.
98. Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: // http://pidruchniki.com/1974070458405/pravo/slidchi_rozshukovi_diyi.
99. Кримінальний процесуальний кодекс України: наук.-практ. коментар. Т. 1 / [О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін.]; за заг. ред. В.Я. Тація та ін. – Х.: Право, 2012. – 768 с.
100. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. професорів В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. – К. : Юстініан, 2012. – 1224 с.
101. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / Відп. ред.: С.В.Ківалов, С.М.Міщенко, В.Ю.Захарченко. – Х.: Одісей, 2013. – 1104с.
102. Кримінальний процес України. Підручник для студентів юрид. спец. вищ. закладів освіти / Ю. М. Грошевий, Т. М. Мірошніченко, Ю. В. Хоматов та ін. ; за ред. Ю. М. Грошевого та В. М. Хотенця. – Х. : Право, 2000. – 496 с.
103. Кримінальний процес України: [підруч.] / Ю.М. Грошевий, Т.М. Мірошніченко, Ю.В. Хоматов та ін.; за ред. Ю.М. Грошевого, В.М. Хотенця. – Х.: Право, 2010. – 296 с.
104. Кримінальний процес : підручник. / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д.Удалової, Д.П. Письменного – К. – 2013. – Режим доступу: http://pidruchniki.com/1486011061576/pravo/zagalni_vimogi_provedennya_slidchih_rozshukovih_diyi.

105. Кримінальне провадження № 12014140030000692. – Архів Галицького районного суду м. Львова.
106. Кримінальне провадження № 120151400000000415. – Архів Галицького районного суду м. Львова.
107. Кримінальне провадження № 12014042010000511. – Архів Кіровського районного суду м. Дніпропетровськ.
108. Кримінальне провадження № 420152700000000246. – Архів Новозаводського районного суду м. Чернігова.
109. Кримінальне провадження № 12013080350001379. – Архів Токмацького районного суду Запорізької області.
110. Крупельницький В. Обыск по новому кримінальному процесуальному кодексу України // Новости бизнеса. – 23.11.2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : // <http://gc.ua/business-news/obysk-po-novomu-kriminalnomu-processualnomu-kodeksu-ukrainy/>.
111. Кубарев І. В. Поняття взаємодії слідчого та оперативних підрозділів при розслідуванні злочинів // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – № 2. – 2010. – с. 184–185.
112. Кузьмин В.А. Досмотр и обыск: основания и порядок проведения, права граждан, порядок обжалования: Сам себе адвокат. Выпуск № 32. – М.: Юрайт-Издат, 2007. - 126 с.
113. Кузьмічов В. С. Слідча діяльність : характеристика та напрями удосконалення : монографія / В.С. Кузьмічов, Ю.М. Чорноус. – К. : НІЧЛАВА, 2005. – 448 с.
114. Кулик І. Я. Організація і тактичні прийоми проведення одночасних обшуків при розслідуванні злочинів, учинених транснаціональними угрупованнями / І. Я. Кулик // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 1. – С. 322–328.
115. Кулик С. С. Особливості обшуку під час досудового розслідування привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем // Науковий вісник Національної академії внутрішніх

справ. – 2013. - № 1. – С. 232-240. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvknuvs_2013_1_33.

116. Кулик М. Й. Особливості проведення обшуку (при розслідуванні привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем / М. Й. Кулик // Митна справа. – 2015. – № 2 (98). – С. 183–188.

117. Курс лекцій з кримінального процесу за новим Кримінальним процесуальним кодексом України (Особлива частина) / Міністерство внутрішніх справ України; Національна академія внутрішніх справ. – К., 2012. – 283 с.

118. Линник О.В. Особливості судового контролю під час проведення обшуку, пов'язаного із втручанням у права особи / О.В. Линник // Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності : Зб. матеріалів Всеукр. наук.-практ. конференції, 3 березня 2017 р., м. Хмельницький / Держ. прикордонна служба України, Нац. академія держ. прикордонної служби України ім. Богдана Хмельницького.- Хмельницький : Вид-во НАДПСУ, 2017.- С. 565-567.

119. Лобойко Л. М. Кримінальний процес : підручник / Л. М. Лобойко. - К. : Істина, 2014. - 432 с.

120. Лобойко Л. М. Щодо доцільності наступного судового контролю за проникненням до житла на підставі добровільної згоди його власника / Л. М. Лобойко // Європейська інтеграція в контексті сучасної геополітики : зб. наук. ст. за матеріалами наук. конф., м. Харків, 24 трав. 2016 р. – Харків, 2016. – С. 174–176.

121. Лукашкіна Т.В. Проникнення до житла чи іншого володіння особи: деякі питання / Т.В. Лукашкіна // Сучасні проблеми реформування кримінальної юстиції в Україні : збірник матеріалів Інтернет-конференції (Київ, 28 листопада 2014 року). – К. : Національна академія прокуратури України, 2014. – С. 116–117.

122. Лук'янчиков Є. Розвиток інституту понятих у чинному КПК України / Є. Лук'янчиков // Право України. – 2013. – № 11. – С. 137-144.

123. Макашов А. В. Організаційно-тактичні заходи проведення обшуку при розслідуванні фальшивомонетництва / А. В. Макашов // Право і суспільство. – 2011. – № 6. – С. 227–231.

124. Малюга В. Історико-правовий аналіз взаємодії органів досудового слідства і співробітників оперативних підрозділів у розслідуванні злочинів // Вісник Львівського університету. – Серія юридична. – 2015. – Випуск 61. – с. 163-170.

125. Малярєнко В.Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: монографія. – К.: Юрінком Інтер, 2005. – 511 с.

126. Малярєнко В. Т. Про інститут понять у кримінальному процесі України // Вісник Верховного Суду України. – 2001. – № 3. – С. 22-27.

127. Малярєнко В. Т. Про недоторканність житла та іншого володіння особи як засаду кримінального судочинства // Кримінальний процес України: стан та перспективи розвитку. – К., 2004. – С. 79–82.

128. Марчук Н.О., Касько В.В., Куйбіда Р.О., Хавронюк М.І. та ін. Настільна книга професійного судді (кримінальне провадження). Київ, «Арт-Дизайн», 2015. 248 с.

129. Махов В. Н., Пешков М. А. Кримінальний процес США: (досудовій стадії): Учеб. посібник. – М.: ЗАТ «Бізнес-школа» Интел-Синтез, 1998. - С. 47.

130. Меишвили З. Путеводитель по новому уголовно-процессуальному кодексу Грузии. Тбилиси: Сезан. – 2010. – 89 с.

131. Милова И. Е. Участие адвоката-защитника в собирании доказательств на предварительном следствии: автореф. дис. ...канд.. юрид. наук. Самара, 1998. 17 с.

132. Міхеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П. Кримінальний процес України : [підруч.] / Міхеєнко М. М., Нор В. Т., Шибіко В. П. – [2-ге вид., переробл. і допов.]. – К.: Либідь, 1999. – 534 с.

133. Михайлов А. И., Юрин Г. С. Обыск. – Москва, 1971.

134. Митричев С. П. Методика расследования отдельных видов преступлений / С.П. Митричев. - М., 1973.

135. Назаренко І. В. Використання результатів оперативно-розшукової діяльності як приводів і підстав для початку досудового розслідування злочинів у сфері незаконного обігу наркотичних засобів. Форум права: електрон. наук. фахове вид. 2017. № 5. С. 265–270. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2017_5_42.pdf.

136. Назаренко П.Г. Принцип недоторканності житла та іншого володіння особи: загальнотеоретичний аналіз // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО. Випуск 38. Том 2. – 2016, с. 122-125.

137. Неводнича Л. О. Підстави проникнення до житла чи іншого володіння особи: проблеми законодавчого регулювання [Текст] / Л. О. Неводнича // Тенденції і перспективи розвитку інститутів права та держави : зб. матеріалів Міжнар. юрид. наук.-практ. конф. : матеріали І Всеукр. наук. читань пам'яті акад. С. Дністрянського "Західноукр. народна респ. - П'ємонт укр. державотворення" : тези наук. доп. (19 квіт. 2018 р.) www.LegalActivity.com.ua/ / Міжнар. юрид. наук.-практ. Інтернет-конф. "Актуальна юриспруденція". - Київ : АртЕк, 2018. - С. 114-119.

138. Не можна реформувати лише судову систему, прокуратуру чи інститут адвокатури // Режим доступу : http://www.sc.gov.ua/ua/golovna_storinka/ne_mozhna_reformuvati_lishe__sudovu_sistemu_prokuraturu_chi_institut_advokaturi_potriben_kompleksnij.html.

139. «Не розгубився»: у Києві понятий під час обшуку вкрав 20 тисяч гривень. – 23 грудня 2017 р. // Режим доступу: https://24tv.ua/ukrayina_tag1119.

140. Обыск: понятие, основания и порядок производства // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.bibliofond.ru/view.aspx?id=708281>.

141. Обшуки у Волинському окружному адміністративному суді – тиск прокуратури. Заява. – 25 Лютого 2018. // Режим доступу: <https://www.volynnews.com/news/society/obshuky-u-volynskomu-okruzhnomu-sudi-tse-tysk-na-suddiv-zaiava-/>.

142. Островська М. Допуск адвоката до участі в проведенні обшуку [Електронний ресурс] / Марія Островська // Legalans. – 2016. – Режим доступу :

<http://legalans.com/articles/publications/6783-provedenn-obshuku.html>.

dopusk-advokata-do-uchast-v-

143. Островська М. Практика ЄСПЛ в контексті обшуків у адвокатів. – 19.08.16. – Режим доступу: <http://unba.org.ua/publications/1730-praktika-espl-v-konteksti-obshukiv-u-advokativ.html>.

144. Паліюк В.П. Застосування судами загальної юрисдикції України Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у разі «неякісного» законодавства (ст. 8 Конвенції щодо права на повагу до свого житла і кореспонденції) / В.П. Паліюк // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2014. – № 3(18). – С. 74.

145. Пешков М.А. Закон и полицейская практика производства ареста и обыска в уголовном процессе США (доктрина «достаточное основание»)// Российские следователь. – 1999 - № 4.- С. 52-56.

146. Писарев А. В. Производство следственных действий, ограничивающих право граждан на личную неприкосновенность: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Писарев Александр Викторович – Омск, 2002. – 228 с.

147. Погорецький М. А. Слідчі (розшукові) дії: поняття та класифікація / М. А. Погорецький // Науковий вісник Київського національного університету внутрішніх справ: Науково-теоретичний журнал. – К.: Київ. нац. ун-т внутр. справ. – 2008. - №1. – С. 150-156.

148. Погорецький М. А. Поняття кримінально-процесуальних гарантій // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2014. – № 2(10) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2014/n2/14pmakph.pdf>.

149. Погорецький М.А., Кушнерник Ю.А. Процесуальне керівництво провадженням слідчих (розшукових) дій під час досудового розслідування грабежів та розбоїв Право і громадянське суспільство № 1, 2014. – с. 79-89.

150. Пожар В. Г. Процесуальний статус потерпілого за новим кримінальним процесуальним кодексом України: позитивні кроки та прогалини правової регламентації. юридичний часопис національної академії внутрішніх справ, № 2, 2013. – с. 126-131.

151. Показники діяльності Апостолівського районного суду Дніпропетровської області // Режим доступу: <https://ap.dp.court.gov.ua/sud0402/pres-centr/news/253139/>.

152. Положення про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань: затв. Наказом Генеральної прокуратури України від 06.04.2016 р. № 139. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0680-16>.

153. Порядок взаємодії між органами внутрішніх справ, закладами охорони здоров'я та прокуратури України при встановленні факту смерті людини: затв. Наказом Міністерства внутрішніх справ, Міністерства охорони здоров'я та Генеральної прокуратури України від 28.11.2012 р. №1095/955/119. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z2106-12>.

154. Применение новелл УПК при обыске: следствие уже приспособилось // Режим доступу: <http://sud.ua/ru/news/publication/114388-primeneniye-novell-upk-pri-obyskesledstvie-uzhe-prisposobilos>.

155. Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства // Постанова пленуму Верховного суду України від 28.03.2008 № 2 // [Електронний ресурс] // [Режим доступу]: <http://zakon2.rada.gov.ua>.

156. Про деякі питання застосування судами України законодавства при дачі дозволів на тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод людини і громадянина під час здійснення оперативно-розшукової діяльності, дізнання і досудового слідства: постанова Верховного Суду України № 2 від 28 березня 2008 року// Постанови Пленуму Верховного Суду України в кримінальних справах. – К.: Паливода А.В., 2010. – С.409-415.

157. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя // Постанова Пленуму Верховного Суду від 01.11.1996 р. № 9 // Законодавство України про працю. – Львів, 2001. – С.348-349.

158. Про практику застосування судами запобіжного заходу у вигляді взяття під варту та продовження строків тримання під вартою на стадіях

дізнання і досудового слідства: постанова Пленуму Верховного Суду України від 25 квітня 2003 року № 4 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-03.

159. Про судову практику у справах про злочини проти власності : Постанова Пленуму Верховного суду України від 6 листопада 2009 року № 10 : станом на 02.06.2016 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0010700-09>.

160. Пропозиції до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо запобігання тиску правоохоронних органів на бізнес» // Режим доступу: https://www.kmu.gov.ua/storage/app/media/infografika/preventing%20pressure%20on%20business_ppt_fin.pdf.

161. П'ятковський В.І. Узагальнення судової практики розгляду слідчими суддями клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи 2012-2013 роках. / П'ятковський В.І. // Судова влада України. [Електронний ресурс]— Режим доступу : <http://kmm.if.court.gov.ua/sud0909/orgrob/sdfsdsd/yiojhukhuk/>.

162. Ратинов А. Р. Некоторые вопросы производства обыска «Вопросы криминалистики», в. 1-2, М. 1961.

163. Римарчук О.В. Оперативні підрозділи: реалії нового кримінального процесуального законодавства України // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ № 2. — 2013. — С. 257-260.

164. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «КУЗЬМЕНКО проти України» від 9 березня 2017 р., заява № 49526/07. URL: <http://instzak.rada.gov.ua/instzak/doccatalog/document;jsessionid=3A4333C82EEAEAF36455B211E156EA2?id=92635>.

165. Рішення Європейського суду з прав людини щодо суті проти України. п'ята секція. Справа «Пантелеєнко проти України». (Заяви № 11901/02). Рішення. Страсбург. 29 червня 2006 року. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.khpg.org/index.php?do=print&id=1193916739>.

166. Рішення Консультативної ради при Генеральній прокуратурі України від 17.09.2015 р. № 10-2015. URL: http://www.gp.gov.ua/ua/krig.html?_m=publications&_t=rec&id=163224.

167. Робочий переклад Німецького Фонду міжнародного правового співробітництва та Організації безпеки та співробітництва в Європі [Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германии. – М., 1994. – 145 с.

168. Рузавин Г.И. Логика и основы аргументации. – М. 2000 – 304 с.

169. Рыжаков А. П. Обыск: основания и порядок производства: монография. – М. – 2004.

170. Савельева М. В. Следственные действия : учебник для магистров / М. В. Савельева, А. Б. Смушкин. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Издательство Юрайт, 2015. – 293 с.

171. Сиза Н. П. Повноваження слідчого судді щодо здійснення судового контролю у кримінальному процесі України / // Часопис Національного університету "Острозька академія". Серія "Право". – 2012. – № 2(6) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n2/12snpkpu.pdf>.

172. Скаун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник. Харків, Консум, 2001. 656 с.

173. Скільки обшуків бізнесу відбувається в Україні: Режим доступу: <https://nachasi.com/2018/04/16/fake-search-warrants/>.

174. Скулиш Є. Д. Система негласних слідчих (розшукових) дій за Кримінальним процесуальним кодексом України / Є. Д. Скулиш // Науковий вісник Чернівецького університету. (Серія «Правознавство»). – 2012. – Вип. 618. – С. 108–114.

175. Скулиш Є. Негласні слідчі (розшукові) дії за кримінально-процесуальним законодавством України // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2012. – № 2. – с. 16.

176. Слідчі (розшукові) дії у кримінальному провадженні [навч. наочн. посіб. у схемах і таблицях] / О. А. Осауленко, А. В. Самодін, Г. М., Степанова та ін. – К. : «Центр учбової літератури», 2015. – 140 с.

177. Слободянюк Б. К. Історичний розвиток взаємодії слідчих та оперативних підрозділів // Міжнародний юридичний вісник: збірник наукових праць Національного університету державної податкової служби України. Випуск 1 (3). – 2016. – 222 с.

178. Смагіна Д. В. Забезпечення реалізації права на клопотання учасниками кримінального процесу України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / Смагіна Дарина Валентинівна – К.: Академія адвокатури України. – 2011. – 248 с.

179. Смирнов М. І. Функціональна спрямованість діяльності прокурора в кримінальному провадженні / М. І. Смирнов // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. – 2016. – № 19. – С. 132-135.

180. Соловьев А.Б. Следственные действия как процессуальное средство получения и проверки доказательств // Актуальные проблемы совершенствования производства следственных действий: Сб.науч.тр. - Ташкент: НИиРИО Ташк. ВШ МВД СССР, 1982. - С. 27-36.

181. Спасович В. Д. О теории судебно-уголовных доказательств. – М. – 2001. – с. 19.

182. Статистика щодо обшуків вражає // Судово-юридична газета, 15.03.2018. Режим доступу : <https://sud.ua/ru/news/sud-info/116072-statistika-schodo-obshukiv-vrazhaye>.

183. Стахівський С. М. Слідчі дії як основні засоби збирання доказів: наук.-практ. посіб. / Стахівський С. М. – К. : Атіка, 2009. – 64 с.

184. Стащак М. В. Особливості взаємодії оперативних підрозділів органів внутрішніх справ України з органами досудового розслідування під час протидії злочинам у сфері економіки // Право і безпека. –2012. –№ 5 (47). – С. 188.

185. Степанова Г., Степанов О., Кулик М. Обшук особи за КПК України: проблемні питання та шляхи вдосконалення // Підприємництво, господарство і право. – № 2. – 2017. с. 294-298.
186. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. – М.: Юрид. лит., 1968. – Т. 1.
187. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса, ч. 2, М. «Наука», 1970.
188. Стуканов А. Уголовные дела о лжесвидетельстве. Законность. 1996. Вып. 1. С. 34–36.
189. Судова влада України. Судова статистика. Звітність. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/.
190. Сухомлин Ю. В. Подання та розгляд клопотань про проведення обшуку на стадії досудового розслідування // Актуальні питання кримінального процесу, криміналістики та судової експертизи [Текст] : матеріали міжвідом. наук.-практ. конф. (Київ, 24 листоп. 2017 р.) : у 2 ч. / [редкол.: В. В. Черней, С. С. Чернявський, Л. Д. Удалова та ін.]. – Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2017. – Ч. 1. – 396 с.с. 141-143.
191. Татаренко Г.В., Татаренко В.А. Проблемні питання призначення обшуку згідно з новим кримінальним процесуальним кодексом України. Актуальні проблеми права: теорія і практика. №26. 2013 ст. 63-72.
192. Татаров О. Ю. «Маски» скинуті – шоу триває, або як нардепи спробували унеможливити вилучення майна під час обшуків і що з того вийде. – Закон і бізнес. – № 49. – 16-22.12.2017 // Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/print/131204-yak_nardepi_sprobuvali_unemozhliviti_maski-shou_i_scho_z_tog.html.
193. Тертишник В. М. Верховенство права та забезпечення встановлення істини в кримінальному процесі України : монографія / В.М. Тертишник, – Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. Справ : Ліра ЛТД. 2009. – 404 с.
194. Тертишник В. М. Кримінально-процесуальне право України : [підруч.] / Тертишник В. М. – [4-те вид., доп. і переробл.]. – К. : А.С.К., 2003. – 1120 с.

195. Тертишник В. М. Кримінальний процес України. Особлива частина: підручник. Академічне видання. – К.: Алерта, 2014. – 420 с.
196. Тертышник В.М. Обыск: Учебное пособие. – Х.: ИКФ «Гриф». – 1997. – с. 36.
197. Титаренко Г. В. Проблемні питання призначення обшуку згідно з новим Кримінальним процесуальним кодексом України / Г. В. Титаренко // Актуальні проблеми права: теорія і практика. – 2013. – № 26. – С. 63–72.
198. Титов Ю.П. Создание ВЧК, ее правовое положение и деятельность. М., 1981. С. 145.
199. Топчій В.В., Карпенко Н.В. Проблемні питання проведення огляду та обшуку житла чи іншого володіння особи // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. – № 4. – 2014. – с. 90-104.
200. Торяник О. Особливості реалізації прокурором конституційних повноважень щодо нагляду за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку. Підприємництво, господарство і право. – № 1. – 2018. – с. 120-123.
201. Тракало Р. І. Міжнародно-правові стандарти судового контролю за дотриманням права на повагу до приватного життя // Часопис Академії адвокатури України. – № 22 (1). – 2014. – с. 86-91.
202. Трофименко В.М., Туманянц А.Р. Судовий контроль за дотриманням прав і свобод людини при проведенні слідчих дій у житлі чи іншому володінні особи // Вісник Харківського інституту регіонального управління та права [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://univer.km.ua/visnyk/653.pdf>.
203. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь: Кодекс Республики Беларусь, 16 июля 1999 г., № 295-3 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология ПРОФ [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. - Минск, 2010.
204. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 дек. 1997 г. № 206-І [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.pavlodar.com/zakon/?dok=00147&uro=080232>.

205. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30397729#pos=1;-263.
206. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 22.11.2001 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?searchres=&bp>.
207. Уголовно-процессуальный кодекс УССР: от 1922 г. Собрание Узаконений и Распоряжений УССР. 1922. № 41.
208. Уголовно-процессуальный кодекс УССР. Харьков: Издание Наркомюста УССР, 1928. 372с.
209. Уголовно-процессуальный кодекс Франции / ред- кол.: Лунгу П. Ф., Марченко М. Н., Суханов Е. А. – М. : Юрид. колледж МГУ, 1996. – 326 с.
210. Уголовный процесс. Учебник. М., «Юридическая литература», 1969.
211. Уголовный процесс: учебник для вузов / под ред. Б. Б. Булатова, А. М. Баранова. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Издательство Юрайт ; ИД Юрайт, 2013. — 630с.
212. Удалова Л. Д. Кримінальний процес України: Особлива частина: Підручник / Л.Д. Удалова – К.: Кондор, 2005. – 280 с.
213. Удалова Л. Деякі проблемні питання правозастосування кримінального процесуального законодавства / Л. Удалова // Актуальні питання кримінального процесуального законодавства України (Київ, 26 квітня 2013 року) : збірник матеріалів міжвузівської наукової конференції ; Національна академія прокуратури України. – К. : Алерта, 2013. – С. 8–12.
214. Удалова Л.Д., Рожнова В.В., Савицький Д.О., Хабло О.Ю. Кримінальний процес України у питаннях і відповідях, 3 вид., перероб. і доп. – Київ: Видавець, 2012. – 275 с.
215. Удалова Л.Д., Савицький Д.В., Рожнова В.В., Ільєва Функція судового контролю у кримінальному процесі. Монографія. – К. – 2015. – 176 с.
216. Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчими суддями місцевих судів м. Харкова та Харківської області клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи та про

тимчасовий доступ до речей і документів [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://hra.court.gov.ua/sud2090/inf_court/generalization/uzag15k3.

217. Узагальнення ВССУ судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи від 17 жовтня 2014 р. URL: http://sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_praktiki.html.

218. Узагальнення судової практики розгляду слідчими суддями Київського районного суду міста Одеси відповідних клопотань про надання дозволу на проведення обшуку за період із 21.11.2012 р. по 2014 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ki.od.court.gov.ua>; Бялковський Д. А. Роль слідчого судді в реалізації засади недоторканності житла чи іншого володіння особи на стадії досудового розслідування // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія : Право. - 2016. - Вип. 37(3). - С. 90-94. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2016_37%283%29__23.

219. Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи (витяг) // Часопис цивільного і кримінального судочинства. – 2015. – № 1. – С. 81-104. // Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chcks_2015_1_6.

220. Узагальнення ВССУ про практику розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність органів досудового розслідування чи прокурора під час досудового розслідування від 12 січня 2017 р. URL: http://sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_praktiki.html.

221. Ухвала Апеляційного суду Львівської області від 25.09.2015 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/51725294>.

222. Ухвала Апеляційного суду Херсонської області від 02.04.2015 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43404703>.

223. Ухвала Дніпровського районного суду м. Дніпродзержинськ Дніпропетровської області від 23.05.2017 р. у справі № 209/1315/17 URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66659525>.

224. Ухвала Зарічного районного суду м. Суми № 591/9689/14-к, від 22.12.2014.

225. Ухвала Ковпаківського районного суду м. Суми від 07 жовтня 2016 р. у справі № 592/9278/16-к // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/61899320>.

226. Ухвала Конституційного Суду України від 6 лютого 2014 року № 21-у/2014 про відмову у відкритті провадження за конституційним зверненням громадянина Яковенка Андрія Олександровича щодо офіційного тлумачення положень статей 108, 234, 235, 309 Кримінального процесуального кодексу України у системному зв'язку з положеннями частини першої статті 3, частини першої статті 8, частини другої статті 19, частини другої статті 30 Конституції України) [Електронний ресурс] / Судова практика. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/uk/index>.

227. Ухвала Ленінського районного суду м. Дніпропетровськ від 18.12.2013 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38775488>.

228. Ухвала Соснівського районного суду м. Черкаси від 30.05.2017 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66818851>.

229. Фаринник В. Загадка синьої папки [Електронний ресурс] / Василь Фаринник // Закон і бізнес. – 2015. – Режим доступу : http://zib.com.ua/ru/113888-что_nuzhno_znat_grazhdanam_o_poryadke_provedenii_obiska.html.

230. Фаринник В. І. Які хитрощі можуть застосовуватися стороною обвинувачення для обмеження прав громадян, у котрих проводиться обшук? / Фаринник В. І. / Закон і бізнес. – 17.01-23.01.2015. – ВІП. № 3 (1197) / [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zib.com.ua/ua/print/113888-scho_potribno_znati_gromadyanam_pro_poryadok_provedennya_obs.html.

231. Фастовець В. Інститут понять. Архаїчне явище чи процесуальна гарантія захисту прав учасників кримінального судочинства? / В. Фастовець // Вісник прокуратури. – 2012. – № 3. – С. 74-81.

232. Феофанов Ю. Закон, суд, суддя // Известия. – 2001. – 12 квітня. – С. 4.

233. Фомин М.А. Обыск в современном уголовном процессе России. Учебно- практическое пособие. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2006. – 208 с.

234. Халиков А. Н. Должностные насильственные преступления, совершаемые в правоохранительной сфере: характеристика, психология, методика расследования / А. Н. Халиков. – М.: Волтерс Клувер, 2011. – 544 с.

235. Хім'як Ю.Б. Захист прав на повагу до житла у практиці Європейського суду з прав людини (кримінально-правовий аспект) / Ю.Б. Хім'як // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 3. – С. 261–265.

236. Цилюрик І. І. Про процесуальні гарантії захисту прав і свобод учасників кримінального судочинства // Вісник Національного університету "Львівська політехніка". Юридичні науки. - 2016. - № 837. - С. 511-515. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2016_837_84.

237. Чаплинський К. О. Тактика проведення окремих слідчих дій : монографія / Чаплинський К. О. – Д. – 2006.

238. Часова Т. О. Особливості взаємодії слідчих та оперативних підрозділів ОВС під час розслідування злочинів у сфері державних закупівель // Теорія і практика правознавства. – Вип. 2 (6). – 2014, с. 1-13.

239. Черненко А. П. Чи є версія у кримінальному провадженні фактичною підставою для проведення слідчих розшукових дій? / А. П. Черненко // Вісник Дніпропетровського університету імені Альфреда Нобеля:// Серія «ЮРИДИЧНІ НАУКИ». – 2013. – № 2 (5) – С. 146-150.

240. Чорноус Ю.М. Слідчі дії: поняття, сутність, напрями розвитку та удосконалення: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09 / НАВСУ. - К., 2005. - 17 с.

241. Чумак Д.П. Коментар до ухвали про проведення обшуку житла [Електронний ресурс]– Режим доступу : http://chumak.vn.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=166%3A2013-03-17-11-42-43&catid=34%3Anew-to-joomla&Itemid=48&lang=uk.

242. Шавкун М. Г. Процесуальний контроль органів державної влади на досудових стадіях кримінального процесу: автореф.дисс.канд.юр.наук:12.00.09. – К. – 2010. – 20 с.

243. Шаповалова О.А. Повноваження слідчого судді у новому КПК України / О.А. Шаповалова. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://fuajudges.org.ua>.

244. Шарун В. В. Организационно-тактические особенности производства отдельных следственных действий с участием понятых : дисс. на соискание учен. степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / В. В. Шарун. – Калининград, 2007. – 214 с.

245. Швидкова О. В. Обшук як спосіб збирання доказів // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2014. – № 2(10) : [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2014/n2/14sovszd.pdf>.

246. Шейфер С.А. Собираение доказательств в советском уголовном процессе. – Саратов, 1986. – 171 с.

247. Шейфер С. А. Следственные действия. Система и процессуальная форма / С. А. Шейфер. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2001. – 208 с.

248. Шейфер С. А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение / Шейфер С. А. – Самара : Самарский ун-т, 2004. – 225 с.

249. Шило О. Г. Обшук житла чи іншого володіння особи: проблеми правової регламентації / О. Шило, О. Капліна // Вісник Академії правових наук України. - Х. : Право, 2005. - № 2 (41). - С. 192-200.

250. Шило О., Капліна О. Обшук житла чи іншого володіння особи: проблеми правової регламентації :// Вісник Академії правових наук України. № 2 (41). Проблеми боротьби зі злочинністю. – 2005. – с. 192-200.

251. Шумейко Д.О. Розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / Д.О. Шумейко. – К., 2015. – 263 с.

252. Энциклопедический словарь / под. ред. Б. А. Веденского. – М. – 1955.
253. Энциклопедический словарь правовых знаний / В. М. Чхиквадзе. – М. – 1965.
254. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп.ред.) та ін. – К. 1998. Т. 6. – 2004. – 768 с.
255. Юридичний словник / за ред. Б. С. Бабія, Ф. Г. Бурчака, В. М. Корецького та ін. – К. – 1974. – 847 с.
256. Юрчишин В. Прокурор як керівник досудового розслідування / В. Юрчишин // Адвокат. – 2012. – № 7(124). – С. 27–30.
257. Ясь О. В. Звід законів Російської імперії // Енциклопедія історії України : у 10 т. / редкол.: В. А. Смолій (голова) та ін. – К., 2005.
258. Яшин С.В. Защита прав и законных интересов личности в досудебном производстве по уголовным делам : дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / С. В. Яшин. – СПб., 2004. –159 с.
259. The Case of Voloha v. Ukraine, заява № 23543/02 / Рішення щодо України, винесені Європейським судом з прав людини // Міністерство юстиції України: офіційний веб-сайт. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://old.minjust.gov.ua>.

ДОДАТКИ

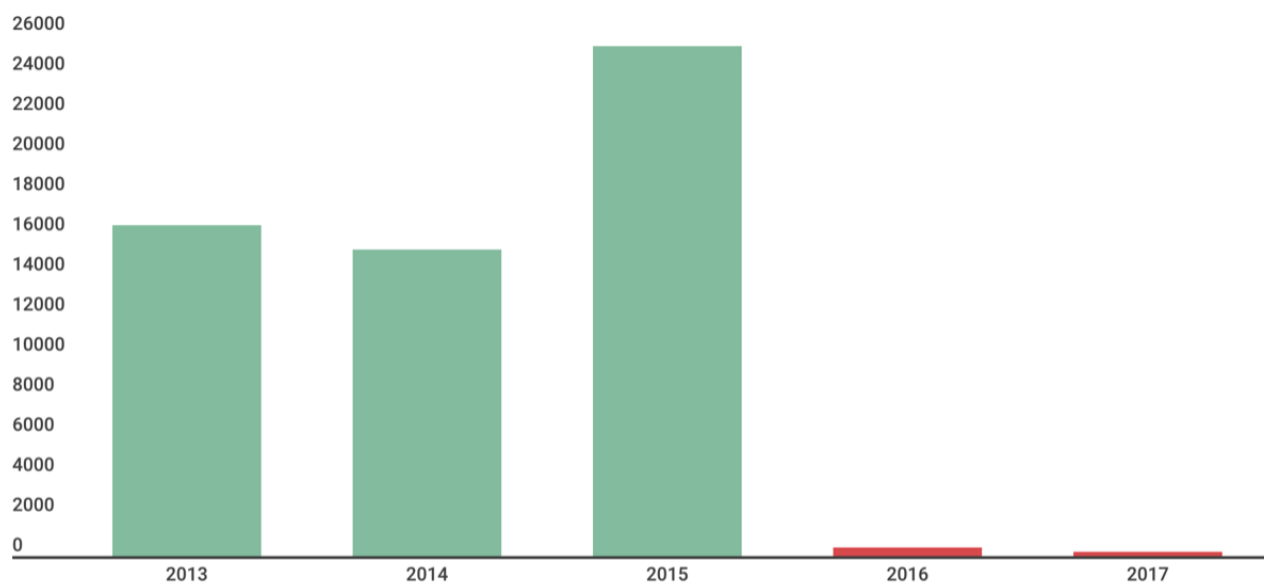
Додаток А

	Січень–червень	
	2017р.	2016р.
Усього злочинів	317633¹	369644²
із них		
тяжкі та особливо тяжкі	114360	125488
очевидне умисне вбивство (та замах)	834	1041
умисне тяжке тілесне ушкодження ³	1050	1235
згвалтування (та замах)	144	229
крадіжка	160102	194347
грабіж	9315	13364
розбій	1599	2111
хабарництво ⁴	1557	1453
шахрайство ⁵	25583	31068
привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем	6215	5354
незаконний обіг зброї ⁶	4468	4279
незаконне заволодіння транспортним засобом	4442	5928

[59].

Додаток Б

Кількість ухвал про обшуки за роками



Червоним кольором відмічені роки, за які було опубліковано не всі справи

Додаток В

Результати анкетування

працівників слідчих підрозділів Національної поліції України

щодо проведення обшуку у кримінальному провадженні

№ з/п	Запитання та варіанти відповіді	%
1	Який Ваш стаж роботи у слідчих підрозділах? – до 3 років – від 3 до 5 років – від 5 до 10 років – понад 10 років	43 % 17 % 28 % 12 %
2	У своїй практичній діяльності Ви проводили СРД – обшук? – так – ні	91 % 9 %
3	З яких джерел Ви отримуєте інформацію про зміни та доповнення до чинного законодавства? – під час вивчення нормативно-правових актів – від більш досвідчених колег (керівника) – не отримую взагалі – інше	21 % 73 % - 6 %
4	Ви досліджуєте практику Європейського суду з прав людини? – так – ні – взагалі ніколи не досліджував	2 % 97 % 1 %
5	Як, на Вашу думку, врегульовано процесуальний порядок обшуку? – майже не розкрито – визначено на належному рівні	83 % 17 %
6	Як Ви вважаєте, чи потрібно розкрити у кримінальному процесуальному законодавстві поняття «обшук»? – так – ні	82 % 18 %
7	Чи вважаєте Ви достатнім/правильним таке визначення обшуку – це обґрунтована доказами, СРД, сутність якої полягає у примусовому цілеспрямованому обстеженні окремих громадян, їх одягу та особистих речей, приміщень, різноманітних споруд, житла, робочих місць, транспортних	

	засобів, ділянок місцевості, що знаходяться у віданні обшукуваної особи та членів її сім'ї, або якої-небудь організації, що здійснюється у рамках кримінально-процесуального закону, уповноваженою на те особою при дотриманні гарантій прав та законних інтересів громадян і юридичних осіб, з метою виявлення, фіксації та вилучення знарядь злочину, зброї, речей та цінностей, здобутих злочинним шляхом, а також предметів, документів та речових доказів, які мають значення у кримінальному провадженні, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних злочинців, трупів? – так – ні – важко відповісти	68 % 19 % 13 %
8	Розмежовуєте фактичні і юридичні підстави при складанні клопотання про проведення обшуку? – так – ні – частково – важко відповісти	8 % 41 % 24 % 27 %
9	У Вашій практичній діяльності хто проводив обшук? – самостійно – прокурор – разом з прокурором	91 % 2 % 7 %
10	Кого запрошували до проведення обшуку? – працівників оперативних підрозділів – підозрюваних; – захисників (опитування станом на грудень 2017 р.); – потерпілих (їх представників); – інших учасників	18 % 31 % 29 % 9 % 13 %
11	Чи надавали Ви особі, в якій проводився обшук, право запросити захисника? – так – ні – не бажали обшукувані особи	43% 11 % 46%
12	Чи застосовували Ви засоби технічної фіксації при проведенні обшуку? – так	86 %

	– ні	14 %
13	Які технічні засоби використовували: - відео - фото - ін. технічні засоби - не застосовував	59% 11% 16% 14%
14	Чи вважаєте Ви розкритим процесуальний порядок проведення обшуку особи: - так - ні	13% 87%
15	Ви проводили обшук особи у кримінальному провадженні? - так - ні	46% 54%

Додаток Г

**Результати анкетування працівників прокуратури
обшуку у кримінальному провадженні**

№ з/п	Запитання та варіанти відповіді	%
1	Який Ваш стаж роботи у прокуратурі України? – до 3 років – від 3 до 5 років – від 5 до 10 років – понад 10 років	16 % 24% 39 % 21 %
2	З яких джерел Ви отримуєте інформацію про зміни та доповнення до чинного законодавства? – під час вивчення нормативно-правових актів – від більш досвідчених колег (керівника) – не отримую взагалі – інше	71 % 29 % – –
3	Ви досліджуєте практику Європейського суду з прав людини? – так – ні	54 % 46 %
4	У своїй практичній діяльності Ви проводили СРД – обшук? – так – ні – брав участь	7% 79% 14 %
5	У Вашій практичній діяльності хто проводив обшук? – самостійно – слідчий – брав участь	7% 79% 14%
6	Як, на Вашу думку, врегульовано процесуальний порядок обшуку? – майже не розкрито – визначено на належному рівні	68 % 32 %
7	Чи вважаєте Ви достатнім/правильним таке визначення обшуку – це обґрунтована доказами, СРД, сутність якої полягає у примусовому цілеспрямованому обстеженні окремих громадян, їх одягу та особистих речей, приміщень, різноманітних споруд, житла, робочих місць, транспортних засобів, ділянок місцевості, що знаходяться у віданні обшукуваної особи та членів її сім'ї,	

	або якої-небудь організації, що здійснюється у рамках кримінально-процесуального закону, уповноваженою на те особою при дотриманні гарантій прав і законних інтересів громадян і юридичних осіб з метою виявлення, фіксації та вилучення знарядь злочину, зброї, речей та цінностей, здобутих злочинним шляхом, а також предметів, документів та речових доказів, які мають значення у кримінальному провадженні, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних злочинців, трупів? – так – ні – важко відповісти	49 % 39 % 12 %
7	Чи застосовували при обшуку у кримінальних провадженнях технічні засоби? – так – ні	77 % 23 %
8	Чи вважаєте Ви розкритим процесуальний порядок проведення обшуку особи: - так - ні	9 % 91 %

Додаток Д

Результати анкетування адвокатів

щодо обшуку у кримінальному провадженні

№ з/п	Запитання та варіанти відповіді	%
1	Який Ваш стаж роботи в адвокатурі України? – до 3 років – від 3 до 5 років – від 5 до 10 років – понад 10 років	18 % 23 % 25 % 34 %
2	Ви досліджуєте практику Європейського суду з прав людини? – так – ні	75 % 25 %
3	У Вашій практичній діяльності хто проводив обшук? – прокурор – слідчий	13% 87%
4	Як, на Вашу думку, врегульовано процесуальний порядок обшуку? – майже не розкрито – визначено на належному рівні	79 % 21 %
5	Чи вважаєте Ви достатнім/правильним таке визначення обшуку – це обґрунтована доказами, СРД, сутність якої полягає у примусовому цілеспрямованому обстеженні окремих громадян, їх одягу та особистих речей, приміщень, різноманітних споруд, житла, робочих місць, транспортних засобів, ділянок місцевості, що знаходяться у віданні обшукуваної особи та членів її сім'ї або якої-небудь організації, що здійснюється у рамках кримінально-процесуального закону, уповноваженою на те особою при дотриманні гарантій прав та законних інтересів громадян і юридичних осіб, з метою виявлення, фіксації та вилучення знарядь злочину, зброї, речей та цінностей, здобутих злочинним шляхом, а також предметів, документів та речових доказів, які мають значення у кримінальному провадженні, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних злочинців, трупів? – так – ні	43% 37%

	– важко відповісти	20%
6	Ви брали участь у проведенні обшуку? - так - ні	% %
7	Чи застосовували при обшуку у кримінальних провадженнях технічні засоби? – так – ні	65% 35%
8	Ви подавали клопотання про застосування технічного фіксування обшуку? - так - ні - самостійно здійснював - застосовував паралельно зі слідчим	10 % 71 % 7% 12%
9	Чи виникали у Вас питання щодо можливості/доцільності допуску оперативних співробітників? - так - ні	72% 28%
10	Причини, якщо відмовляли: - підставою проведення обшуку є виключно ухвала суду - відмовляли у допуску до приміщення - велика кількість учасників при проведенні обшуку у невеликому приміщенні - інше	19% 18 % 9 % 54%
11	Чи вважаєте Ви розкритим процесуальний порядок проведення обшуку особи у чинному законодавстві - так - ні	5% 95%
12	Чи брали Ви участь при проведенні обшуку особи? - так - ні	53% 47%

Додаток Є

Результати

**вивчення матеріалів кримінальних проваджень щодо проведення обшуків
(загальна кількість проваджень – 110), у %**

№	Назва	%
1	Категорія кримінального провадження справи у момент вивчення:	
	Закінчена провадженням у суді	63
	Зупинена провадженням	20
	У провадженні	17
2	Вид злочину:	
	Проти особи	11
	Проти власності	32
	Проти безпеки руху та експлуатації транспорту	17
	У сфері обігу наркотичних засобів	40
3	Вид злочину (кримінально-правова класифікація):	
	Невеликої тяжкості	14
	Середньої тяжкості	23
	Тяжкий злочин	49
	Особливо тяжкий злочин	14
4	Злочин вчинено:	
	Однією особою	82
	Групою осіб	18
5	Провадження за участю захисника:	
	Захисник – адвокат	65
	Без участі захисника	35
6	Учасник у якого проведено обшук:	
	Підозрюваний	91
	власник житла чи іншого володіння особи	9
7	Обшук проведений:	
	Слідчим	94

	Прокурором	6
8	При проведенні обшуку були запрошені:	
	Потерпілий	14
	Підозрюваний	10
	Захисник	30
	Представник	2
	Спеціаліст	31
	Ін. службові особи	4
	Осіба, права та законні інтереси яких можуть бути обмежені або порушені	9

Додаток Ж

Акти впроваджень



МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ВНУТРІШНІХ СПРАВ

пл. Солом'янська, 1, м. Київ, 03035
тел. 248-89-52, post@naiau.kiev.ua

Голові Комітету
Верховної Ради України
з питань законодавчого
забезпечення правоохоронної
діяльності
Кожем'якіну А.А.

1901 2018 № 49 5 ВР

На № _____ від _____ 20 _____

Про направлення пропозицій до
Кримінального процесуального
кодексу України, що стосуються
процесуального порядку проведення
обшуку у кримінальному провадженні

Шановний Андрію Анатолійовичу!

Направляємо Вам пропозиції до Кримінального процесуального кодексу України, що стосуються процесуального порядку проведення обшуку у кримінальному провадженні, підготовлені здобувачем кафедри кримінального процесу Національної академії внутрішніх справ Комаровою Мартою Василівною за результатами дослідження проблем правових та організаційних засад обшуку у кримінальному провадженні.

Додаток на __ арк., в 1 прим.

З повагою,
проректор

С.С. Чернявський

ЗАТВЕРДЖУЮ

Т.в.о. директора
навчально-наукового
інституту № 1 НАВС

Т.М. Розум



АКТ

про впровадження у освітній процес по кафедрі досудового
розслідування навчально-наукового інституту № 1 НАВС результатів
дисертаційного дослідження аспіранта кафедри кримінального процесу НАВС
Комарової Марти Василівни «Правові та організаційні засади
обшуку у кримінальному провадженні»

Комісія у складі: заступника директора інституту з навчально-методичної та наукової роботи навчально-наукового інституту № 1 Національної академії внутрішніх справ, кандидата юридичних наук Власенка В.П., завідувача кафедри досудового розслідування навчально-наукового інституту № 1 Національної академії внутрішніх справ, кандидата юридичних наук Моргун Н.С., доцента кафедри досудового розслідування навчально-наукового інституту № 1 Національної академії внутрішніх справ, кандидата юридичних наук, доцента Плева К.В. розглянули матеріали дисертаційного дослідження аспіранта «заочної форми навчання» кафедри кримінального процесу НАВС Комарової Марти Василівни за темою: «Правові та організаційні засади обшуку у кримінальному провадженні» на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних за спеціальністю 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність у вигляді наукових статей та тез доповідей на конференціях та круглих столах.

Результати дисертації опубліковані у наступних роботах:

1. Комарова М.В. Поняття обшуку як самостійної слідчої (розшукової) дії у кримінальному процесі України // «Проблеми та стан дотримання захисту прав людини в Україні»; Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Львів, 14–15 серпня 2015 р. – Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив» 2015. – 124 с., с. 25-27.
2. Комарова М.В. Історичний розвиток інституту обшуку в кримінальному процесі // «Legea și Viata» в Україні («Закон и Жизнь») м. Кишинів, Республіка Молдова. – 2015. – № 11/3 (287). – 142 с., с. 58-61.
3. Комарова М.В. Поняття слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні // Актуальні проблеми застосування кримінального законодавства : матеріали круглого столу (Київ, 5 листоп. 2015 р.) / відп. ред. О. С. Стеблинська. – К. : Державна пенітенціарна служба України, Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. – 236 с., с. 150-153.
4. Комарова М.В. Правова регламентація поняття «Обшук». // «Реформування національного та міжнародного права: перспективи та пріоритети»; Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, (м. Одеса, Україна, 22-23 січня 2016 р.) – Одеса: ГО Причорноморська фундація права, 2016. – 104 с., с. 97-100.
5. Комарова М.В. Кримінальні процесуальні підстави проведення обшуку // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2016. Вип. № 3. – Том 2. – 177 с. С. 104-107.
6. Комарова М.В. Підстави проведення слідчих (розшукових) дій. // «Міжнародні та національні правові виміри забезпечення стабільності»; Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Львів, 15-16 квітня 2016 р. – Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив» 2016. – 168 с., с. 17-19.
7. Комарова М.В. Гарантії забезпечення прав учасників кримінального провадження // Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини в Україні: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (Одеса, Україна, 10-11 лютого 2017 р.) – Одеса: ГО «причорноморська фундація права», 2017. – 112 с., с. 84-87.

Комісія підтверджує, що матеріали дисертаційного дослідження аспіранта (заочної форми навчання) кафедри кримінального процесу НАВС Комарової Марти Василівни за темою: «Правові та організаційні засади обшуку у кримінальному провадженні», використовуються на кафедрі досудового розслідування навчально-наукового інституту № 1 Національної академії внутрішніх справ при підготовці фондкових лекцій з навчальних дисциплін: «Кримінальний процес (особлива частина)», «Кримінально-процесуальне доказування», «Практикум зі складання кримінально-процесуальних документів».

Члени комісії:

Заступник директора інституту з навчально-методичної та наукової роботи ННІ № 1 НАВС

кандидат юридичних наук

16 11 2017 р.



В.П. Власенко

Завідувач кафедри досудового розслідування ННІ № 1 НАВС

кандидат юридичних наук

16 11 2017 р.



Н.С. Моргун

Доцент кафедри досудового розслідування ННІ № 1 НАВС

кандидат юридичних наук, доцент



К.В. Плєва

ЗАТВЕРДЖУЮ

Перший заступник начальника ДПІ у
Деснянському районі ГУ ДФС у м. Києві
який координує роботу підрозділів
податкової міліції
полковник податкової поліції

Коваленко В.В.

22 листопада 2017 р.

**АКТ**

**про впровадження у практичну діяльність слідчого управління
фінансових розслідувань ДПІ у Деснянському районі Головного
Управління Державної фіскальної служби у м. Києві результатів
дисертаційного дослідження аспіранта кафедри кримінального процесу
НАВС Комарової Марти Василівни «Правові та організаційні засади
обшуку у кримінальному провадженні»**

Комісія у складі:

Голова комісії: Перший заступник начальника ДПІ у Деснянському районі
Головного Управління Державної фіскальної служби у м. Києві, полковник
податкової міліції Коваленко В.В.,

члени комісії: начальник 2-го відділу розслідування кримінальних
проваджень Слідчого управління фінансових розслідувань ДПІ у Деснянському
районі ГУ ДФС у м. Києві підполковник податкової міліції Понько С.І.,
заступник начальника оперативного управління ДПІ у Деснянському районі ГУ
ДФС у м. Києві підполковник податкової міліції Чуб А.В., заступник
начальника відділу організації викриття економічних злочинів Оперативного
управління ДПІ у Деснянському районі ГУ ДФС у м. Києві підполковник
податкової міліції Найдьон Є.М., склали даний акт про те, що матеріали
дисертаційного дослідження аспіранта (заочної форми навчання) кафедри
кримінального процесу НАВС Комарової Марти Василівни за темою: «Правові
та організаційні засади обшуку у кримінальному провадженні» на здобуття
наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.09 –
кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-
розшукова діяльність впровадженні у практичну діяльність слідчих підрозділів
ГСУ ФР ДФС України і використовуються для підвищення кваліфікації
працівників вказаних підрозділів, при розробці методичних рекомендацій
спрямованих на підвищення ефективності діяльності слідчих підрозділів ГСУ
ФР ДФС України щодо розслідування кримінальних правопорушень.

Комісія вважає, що результати дисертаційного дослідження на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук аспіранта Комарової Марти Василівни можуть застосовуватись у практичній діяльності слідчих підрозділів, а також під час проведення занять у системі службової підготовки.

Начальник 2-го відділу
розслідування кримінальних
проваджень Слідчого управління
фінансових розслідувань ДПП у
Деснянському районі ГУ ДФС у м. Києві
підполковник податкової міліції



Понько С.І.

Заступник начальника оперативного
управління ДПП у Деснянському районі
ГУ ДФС у м. Києві
підполковник податкової міліції
кандидат юридичних наук



Чуб А.В.

Заступник начальника відділу
організації викриття економічних злочинів
Оперативного управління ДПП у
Деснянському районі ГУ ДФС у м. Києві
підполковник податкової міліції
кандидат юридичних наук



Найдьон С.М.

Додаток 3

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ ТА ВІДОМОСТІ ПРО АПРОБАЦІЮ РЕЗУЛЬТАТІВ ДИСЕРТАЦІЇ

в яких опубліковані основні наукові результати:

1. Комарова М. В. Історичний розвиток інституту обшуку в кримінальному процесі // *«Legea si Viata» в Україні : («Закон и Жизнь»)* м. Кишинів, Республіка Молдова. – 2015. – № 11/3 (287). – 142 с., с. 58-61.
2. Комарова М. В. Кримінальні процесуальні підстави проведення обшуку // *Науковий вісник Херсонського державного університету*. – 2016. – Вип. № 3. – Том 2 . – 177 с., с. 104-107.
3. Комарова М. В. Судовий контроль під час проведення обшуку // *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. – 2017. – Одеса. Вип. № 26. – 133 с., С. 119-121.
4. Комарова М. В. Прокурорський нагляд та судовий контроль за дотриманням слідчими законів під час проведення обшуку // *Електронне наукове фахове видання «Порівняльне – аналітичне право»*. – 2017. – Ужгород, Вип. № 3. – 272 с., с. 224-226 [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://www.pap.in.ua/3_2017/68.pdf (29.09.2017).
5. Комарова М. В. Обшук особи у кримінальному провадженні: сучасні реалії, європейський досвід // *Електронне наукове фахове видання «Юридичний науковий електронний журнал»*. – 2017. – Запоріжжя, вип. № 4. – 183 с., с. 158-159. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.lsej.org.ua/4_2017/43.pdf.
6. Комарова М. В. Повноваження слідчого під час проведення обшуку у кримінальному провадженні // *Науковий вісник Херсонського державного університету*. – 2018. – Вип. № 1. – Том 2 . – С. 125 –128.

які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:

7. Комарова М.В. Поняття обшуку як самостійної слідчої (розшукової) дії у кримінальному процесі України. // *«Проблеми та стан дотримання захисту прав людини в Україні»*; Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Львів, 14-15 серпня 2015 р. – Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив» 2015. – 124 с., с. 25-27.

8. Комарова М.В. Поняття слідчих (розшукових) дій у кримінальному провадженні // *Актуальні проблеми застосування кримінального законодавства* : матеріали круглого столу (Київ, 5 листоп. 2015 р.) / відп. ред. О. С. Стеблинська. – К. : Державна пенітенціарна служба України, Інститут кримінально-виконавчої служби, 2015. – 236 с., с. 150-153.

9. Комарова М.В. Правова регламентація поняття «обшук». // *«Реформування національного та міжнародного права: перспективи та пріоритети»*; матеріали міжнародної науково-практичної конференції, (м. Одеса, Україна, 22-23 січня 2016 р.) – Одеса: ГО «Причорноморська фундація права», 2016. – 104 с., с. 97-100.

10. Комарова М.В. Підстави проведення слідчих (розшукових) дій. // *міжнародні та національні правові виміри забезпечення стабільності»*; Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Львів, 15-16 квітня 2016 р. – Львів: Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив» 2016. – 168 с., с. 17-19.

11. Комарова М.В. Гарантії забезпечення прав учасників кримінального провадження // *Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини в Україні*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Одеса, Україна, 10-11 лютого 2017 р.) – Одеса: ГО «Причорноморська фундація права», 2017. – 112 с., с. 84-87.

12. Комарова М.В. Підстави та випадки відмови слідчими суддями у задоволенні клопотання слідчого (прокурора) про проведення обшуку // *Особливості розвитку публічного та приватного права в Україні*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 21-22 липня 2017 р.). – Харків: ГО «Асоціація аспірантів-юристів», 2017. – 104 с., с. 77-81.

13. Комарова М.В. Тлумачення понять «житло» та «інше володіння особи» // *Шляхи вдосконалення нормативно-правової бази України як основи сталого розвитку суспільства*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Харків, 1 – 2 вересня 2017 р.). Х.: Східноукраїнська наукова юридична організація, 2017. – 96 с., с. 80-83.

14. Комарова М.В. Повноваження співробітників оперативних підрозділів під час обшуку. *Верховенство права та правова держава*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції, (м. Ужгород 14–15 верес. 2018 р.). Ужгород: Ужгородський національний університет, 2018. – С. 137-140.